

Probleme der zivilrechtlichen Haftung des freipraktizierenden Zahnarztes

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
KARL SCHROEDER
von Frauenfeld TG

genehmigt auf Antrag der
Herren PD Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger
Prof. Dr. Max Keller

1982

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Probleme der zivilrechtlichen Haftung des freipraktizierenden Zahnarztes

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
KARL SCHROEDER
von Frauenfeld TG

genehmigt auf Antrag der
Herren PD Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger
Prof. Dr. Max Keller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 24. Februar 1982

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 7 der

Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger und
Prof. Dr. oec. Walter R. Schluep

Meinen Eltern und meiner Frau

Vorwort

An dieser Stelle möchte ich Herrn Prof. Dr. Dr. H. Giger, auf dessen Anregung hin die Arbeit verfasst wurde, recht herzlich danken. Das Interesse, welches er meiner Dissertation stets entgegenbrachte, sowie die Freiheit, die er mir bei der Behandlung des Themas gewährte, waren mir eine äusserst hilfreiche Unterstützung.

Dankbarkeit gebührt auch Herrn Prof. Dr. M. Keller für die Übernahme des Korreferats und seine wertvollen Hinweise.

Im weiteren spreche ich all jenen meinen Dank aus, die in irgendeiner Weise zum Gelingen dieser Doktorarbeit beigetragen haben.

Besonders erwähnen möchte ich meine Frau, welche nicht nur schnell und zuverlässig sowohl die Korrekturarbeiten als auch die Reinschrift besorgte, sondern mir bei einer Vielzahl zu bewältigender Schwierigkeiten verständnisvoll und aufmunternd zur Seite stand.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507220_0002

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Literaturverzeichnis	XVII
Abkürzungsverzeichnis	XXI

I. Teil: Einführung	1
1. Abteilung: Einleitung	3
2. Abteilung: Historische Grundlagen	4
3. Abteilung: Faktische Grundlagen (Zahnärztebefragung)	5
1. Abschnitt: Zweck der Umfrage	5
2. Abschnitt: Inhalt der Umfrage	5
1. Berufshaftpflichtversicherung	5
2. Häufigkeit von Zwischenfällen	6
3. Praxisorganisation	6
4. Aufklärungspflicht	6
5. Herausgabepflicht der Röntgenbilder	6
6. Haftpflichtrechtskenntnisse	7
7. Pflicht zur Führung einer Krankengeschichte	7
8. Fortbildungspflicht	7
9. Genugtuung	7
II. Teil: Rechtliche Grundlagen	9
1. Abteilung: Begriff und allgemeine Grundlagen der zivilrechtlichen Haftung	11
1. Abschnitt: Begriff der Haftung	11
2. Abschnitt: Rechtliche Einordnung der zahnärztlichen Haftung	11
1. Kapitel: Privatrecht	11
2. Kapitel: Öffentliches Recht	12
3. Kapitel: Standesrecht oder Case law	12
2. Abteilung: Haftungsgründe	13
1. Abschnitt: Vertragliche Haftung	13
2. Abschnitt: Ausservertragliche Haftung	13

VIII

3. Abschnitt: Beziehung der vertraglichen Haftung zur ausservertraglichen Haftung	13
1. Kapitel: Allgemeines	13
2. Kapitel: Konsequenzen	14
§ 1 Beweislast	14
I. Vertragliche Haftung (Art. 97 OR)	14
II. Ausservertragliche Haftung (Art. 41 OR)	14
§ 2 Fälligkeit	15
I. Vertragliche Haftung	15
II. Ausservertragliche Haftung	15
§ 3 Verjährung	15
I. Vertragsklage	15
II. Ausservertragliche Haftung	15
§ 4 Haftung für Hilfspersonen	15
I. Vertragliche Haftung	15
II. Ausservertragliche Haftung	16
3. Abteilung: Haftungsarten	17
1. Abschnitt: Verschuldenshaftung	17
1. Kapitel: Ausservertragliche Haftung	17
2. Kapitel: Vertragliche Haftung	17
2. Abschnitt: Kausalhaftung	18
1. Kapitel: Gewöhnliche Kausalhaftung	18
2. Kapitel: Gefährdungshaftung	18
III. Teil: Analyse der haftpflichtrechtlichen Probleme des Zahnarztes	19
1. Abteilung: Haftung aus Vertrag	21
1. Abschnitt: Rechtsnatur des Zahnarzt-Patienten-Vertrages	21
1. Kapitel: Allgemeines	21
§ 1 Heilbehandlung als einfaches Auftragsverhältnis	21
§ 2 Reparatur von Brücken, Prothesen und Plomben als Werksvertragsverhältnis	21
2. Kapitel: Besonderer Fall: Kombination von Zahnbehandlungsmassnahmen mit prothetischen Arbeiten – der handwerkliche Zahnheilvertrag	22
§ 1 Begriff und Wesen	22
§ 2 Problematik	22
§ 3 Rechtliche Analyse	23
I. Heutige Lösungen	23
1. Auftragslehre	23
2. Werkvertragslehre	23
3. Ansicht des Bundesgerichtes	23

II.	Subsumtionsprobleme	23
1.	Gesetzliche Ausgangslage	23
2.	Subsumtionskriterien mit Bezug auf den Auftrag	25
3.	Subsumtionskriterien mit Bezug auf den Werkvertrag	25
III.	Rechtstheoretische und – dogmatische Subsumtionskriterien aufgrund einer kirtischen Analyse	26
1.	Kritik an der Theorie der Hauptleistung des Heilungsauftrages	26
2.	Kritik an der Theorie der alleinigen Hauptleistung des Werkes im Sinne des Werkvertrages	27
§ 4	Lösung: Der handwerkliche Zahnheilvertrag als gemischter Vertrag	27
2.	Abschnitt: Voraussetzungen der Haftung des Zahnarztes aus Vertrag	28
1.	Kapitel: Sachliche Voraussetzungen	28
§ 1	Vertrag	28
I.	Einfacher Auftrag	28
1.	Begriff	28
2.	Entstehung	29
2.1.	Voraussetzung	29
2.2.	Formfreiheit	29
2.3.	Grundsatz der Kontrahierungsfreiheit	29
3.	Wirkungen	30
3.1.	Pflichten des Zahnarztes	30
3.1.1.	Ermittlung des Auftragsumfanges	30
3.1.2.	Aufklärungspflicht	31
3.1.2.1.	Inhalt der Aufklärung	31
3.1.2.2.	Umfang der Aufklärungspflicht	32
3.1.2.3.	Grenzen der Aufklärungspflicht	32
A.	Einschränkungen der Aufklärungspflicht	32
B.	Wegfall der Aufklärungspflicht	32
A.A.	Gefahr im Verzug	33
B.B.	Verzicht auf Aufklärung	33
C.C.	Allgemein bekanntes Behandlungsrisiko	33
3.1.2.4.	Aufklärungspflicht zu Prophylaxemassnahmen?	34
3.1.3.	Einwilligung des Patienten	34
3.1.4.	Diagnosestellung	36
3.1.6.	Durchführung der Therapie	37
3.1.7.	Rechenschaftspflicht	38
3.1.7.1.	Pflicht zur Führung einer Krankengeschichte	38
3.1.7.2.	Herausgabepflicht und/oder Einsichtsgewährungspflicht bezüglich der Krankenunterlagen des Zahnarztes?	39
A.	Im Eigentum des Patienten befindliche Krankenunterlagen	39
B.	Im Eigentum des Zahnarztes befindliche Krankenunterlagen	39
A.A.	Lösungsmöglichkeiten	40
A.A.A.	Grundsätzliche Herausgabepflicht aller Akten durch den Zahnarzt	40
B.B.B.	Grundsätzliche Negierung einer Einsichtsgewährungspflicht und/oder einer Herausgabepflicht des Zahnarztes	40

C.C.C.	Einsichtsgewährungs- und Herausgabepflicht des Zahnarztes als gemischtes System	41
a.	Ausgangspunkt	41
b.	Lösungsvorschlag	41
a.a.	Herausgabepflicht bei Krankenunterlagen mit überwiegendem rechtlichem Interesse des Patienten	41
a.a.a.	Röntgenbilder	41
a.a.a.a.	Werkvertrag	41
b.b.b.b.	Einfacher Auftrag	41
b.b.b.	Sonstige Unterlagen	42
b.b.	Krankenunterlagen, an denen der Patient als auch der Zahnarzt ein gleichwertiges Interesse haben: Einsichtsgewährungspflicht des Zahnarztes	43
c.c.	Krankenunterlagen mit überwiegendem rechtlichem Interesse des Zahnarztes: Keine Einsichtsgewährungspflicht und Herausgabepflicht des Zahnarztes	44
C.	Retentionsrecht des Zahnarztes an Krankenunterlagen	44
3.1.7.3.	Übergabe der Krankenunterlagen von Zahnarzt zu Zahnarzt	44
3.1.7.4.	Eigentum an extrahierten Zähnen	45
3.1.8.	Fortbildungspflicht	45
3.1.9.	Verschwiegenheitspflicht	46
3.2.	Pflichten des Patienten	47
4.	Haftung	47
5.	Beendigung	48
II.	Werkvertrag	48
1.	Begriff	48
2.	Entstehung	49
3.	Wirkungen	49
3.1.	Pflichten des Zahnarztes	49
3.1.1.	Haftung für den Stoff	49
3.1.2.	Pflicht zur Herstellung des Werkes	49
3.1.3.	Pflicht, das Werk vor zufälligem Untergang zu bewahren	50
3.1.4.	Sorgfaltspflichten	50
3.2.	Pflichten des Patienten	50
3.2.1.	Werklohn	50
3.2.2.	Werkprüfung	51
4.	Haftung	51
4.1.	Bei einem Werkmangel	51
4.2.	Bei Schädigung während der Werksausführung	51
4.3.	Haftung für nicht gehörige Erfüllung	52
4.4.	Kasustik	52
5.	Beendigung	52
5.1.	Erfüllung	52
5.2.	Unmöglichkeit der Erfüllung	53
5.3.	Rücktritt	53
III.	Geschäftsführung ohne Auftrag	53
1.	Begriff	53
2.	Anwendungsfälle für den freipraktizierenden Zahnarzt	54

3.	Haftung	55
3.1.	Grundsatz	55
3.2.	Ausnahmen	55
3.2.1.	Mildere Haftung	55
3.2.2.	Zufallshaftung	56
IV.	Haftung des Zahnarztes für Hilfspersonen und Substituten aus Vertrag	56
1.	Allgemeines	56
1.1.	Der Begriff der Hilfsperson	56
1.2.	Der Begriff des Substituten	57
1.2.1.	Erlaubte Substitution	58
1.2.2.	Unerlaubte Substitution	58
1.3.	Voraussetzungen für die Haftung der Hilfsperson nach Art. 101 OR	59
1.3.1.	Schaden	59
1.3.2.	Adäquater Kausalzusammenhang	59
1.3.3.	Vertragsverletzung	59
1.3.4.	Hilfsperson	59
1.3.5.	Geschäftsherr	59
1.3.6.	In Ausübung einer dienstlichen Verrichtung	59
1.3.7.	Fehlender Exculpationsbeweis	60
2.	Besonderes	60
2.1.	Unbefugte oder fehlerhafte Arbeitsausführung	60
2.2.	Unbefugte Arbeitsunterlassung	61
2.3.	Praxisvertretung	61
V.	Wegbedingung der Haftung	62
1.	Wegbedingung der Haftung des Zahnarztes für eigenes Verschulden	62
1.1.	Beim Auftrag	62
1.2.	Beim Werkvertrag	62
2.	Wegbedingung der Haftung des Zahnarztes für Handlungen seiner Hilfsperson	63
§ 2	Schaden	64
I.	Begriff	64
II.	Arten	64
1.	Damnum emergens und lucrum cessans	64
2.	Unmittelbarer und mittelbarer Schaden	65
3.	Personen-, Sach- und sonstiger Schaden	65
III.	Schadenersatz	66
IV.	Kasuistik	66
§ 3	Vertragsverletzung	67
§ 4	Kausalzusammenhang	68
I.	Begriff	68
1.	Natürlicher Kausalzusammenhang	68
2.	Adäquater Kausalzusammenhang	68
3.	Inadäquater Kausalzusammenhang	69
3.1.	Der an sich inadäquate Kausalzusammenhang	69
3.2.	Unterbrechung eines adäquaten Kausalzusammenhanges	69
3.2.1.	Höhere Gewalt	70
3.2.2.	Schweres Selbstverschulden	70
3.2.3.	Drittverschulden	70
II.	Beweis des adäquaten Kausalzusammenhanges	71
III.	Ursachenkonkurrenz	71
IV.	Kasuistik	72

2. Kapitel:	Persönliche Voraussetzungen	74
§ 1	Beim Subjekt der Haftpflicht (Zahnarzt): Verschulden	74
I.	Begriff	74
II.	Voraussetzungen und Arten des Verschuldens	75
1.	Voraussetzungen	75
1.1.	Subjektive Seite: Urteilsfähigkeit	75
1.2.	Objektive Seite: Abweichung vom Durchschnittsverhalten	75
2.	Arten	76
2.1.	Vorsatz	76
2.2.	Fahrlässigkeit	76
2.2.1.	Begriff	76
2.2.1.1.	Mangelnde Sorgfalt	76
2.2.1.2.	Objektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffes	77
A.	Irrelevanz der subjektiven Entschuldbarkeit	77
B.	Berücksichtigung der konkreten Umstände	77
C.	Voraussehbarkeit	78
2.2.2.	Arten der Fahrlässigkeit	78
2.2.2.1.	Grobe Fahrlässigkeit	78
2.2.2.2.	Leichte Fahrlässigkeit	79
2.3.	Zahnärztliche Fahrlässigkeit	79
2.3.1.	Allgemeines zur zahnärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung	79
2.3.2.	Arten der zahnärztlichen Sorgfaltspflichtverletzungen	80
2.3.2.1.	Sorgfaltspflichtverletzungen allgemeiner Natur	80
2.3.2.2.	Sorgfaltspflichtverletzungen medizinischer Natur: Kunstfehler im weiteren Sinne	81
2.3.3.	Sorgfaltspflichtverletzungen medizinischer Natur: Kunstfehler im weiteren Sinne	81
2.3.3.1.	Nach dem Verständnis der Mediziner	81
2.3.3.2.	Nach dem Verständnis der Juristen	82
A.	Zweck	82
B.	Begriff	83
A.A.	Allgemein anerkannte Regeln der ärztlichen Wissenschaft	83
B.B.	Verstoss gegen die allgemein anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft	84
2.3.3.3.	Arten des Kunstfehlers im weiteren Sinne	85
A.	Allgemeine medizinische Sorgfaltspflichtverletzung	85
A.A.	Allgemeine medizinische Sorgfaltspflichtverletzung beim Diagnosestellungsprozess	85
B.B.	Allgemeine medizinische Sorgfaltspflichtverletzung beim Heilmethodenwahlprozess	85
C.C.	Allgemeine medizinische Sorgfaltspflichtverletzung bei der Durchführung der Heilbehandlung	85
B.	Kunstfehler im engeren Sinne (Spezielle medizinische Sorgfaltspflichtverletzung)	86
2.3.3.4.	Konsequenzen	86

2.4.	Beweislast für das Verschulden	88
2.5.	Kasuistik: Sorgfaltspflichtverletzungen medizinischer Natur	90
2.5.1.	Bei der konservierenden zahnärztlichen Behandlung	91
2.5.1.1.	Aspiration und/oder Verschlucken von zahnärztlichen Instrumenten, Werkstoffen usw.	91
A.	Grundsätzliches	91
B.	Fälle	92
2.5.1.2.	Verletzungen durch zahnärztliche Bohr-, Schleif- oder sonstige Instrumente	96
A.	Grundsätzliches	96
B.	Fälle	97
2.5.1.3.	Zwischenfälle bei der Wurzelbehandlung	101
A.	“Überstopfung” mit Wurzelfüllmaterial	102
B.	Via falsa/Perforation	102
C.	Instrumentenbruch bei der Wurzelbehandlung	103
2.5.1.4.	Arsenschäden	104
2.5.1.5.	Sonstige Schäden	105
2.5.2.	Bei der zahnärztlichen Chirurgie	106
2.5.2.1.	Extraktionszwischenfälle	106
2.5.2.2.	Kieferfrakturen	110
2.5.2.3.	Kieferhöhlenzwischenfälle	112
2.5.2.4.	Sensibilitätsstörungen	114
2.5.2.5.	Verschiedene chirurgische Zwischenfälle	116
2.5.3.	Bei der Prothetik	117
2.5.4.	Bei der Anästhesie und Narkose	122
2.5.5.	Bei der Röntgenographie	125
2.5.6.	Bei der Bestrahlung	128
§ 2	Beim Subjekt der Haftpflichtforderung	129
I.	Grundsatz: Direkt betroffene Person	129
II.	Ausnahme: Versorgerschaden	129
3.	Abschnitt: Wirkungen der Haftpflicht des Zahnarztes aus Vertrag	130
1.	Kapitel: Schadensberechnung	130
§ 1	Begriff	130
§ 2	Grundsätze	130
I.	Zeitpunkt	130
II.	Ersatz des gegenwärtigen Schadens	130
1.	Grundsatz	130
2.	Ausnahme	131
III.	Vorteilsanrechnung	131
1.	Begriff und Wesen	131
2.	Voraussetzungen zur Vorteilsanrechnung	132
2.1.	Adäquater Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Ereignis und eingetretenem Vorteil	132
2.2.	Kein entgegenstehender Parteiwille oder eine solche Rechtsnorm	132
3.	Art der Vorteilsanrechnung	133
3.1.	Grundsatz: Rechnerischer Ausgleich	133
3.2.	Ausnahme: Ausgleich in natura	133
4.	Ausmass der Vorteilsanrechnung	133
4.1.	Grundsatz: Volle Anrechnung	133
4.2.	Ausnahme: Teilanrechnung	134

V. Schadensbeweis	134
1. Grundsatz	134
2. Ausnahme	134
§ 3 Besonderheiten	135
1. Schaden an der Person des Patienten	135
1.1. Körperverletzung	135
1.1.1. Begriff	135
1.1.2. Schadensposten	136
1.1.2.1. Kosten	136
1.1.2.2. Nachteile der Arbeitsunfähigkeit	136
1.1.2.3. Nachteile der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens	137
1.1.3. Rektifikationsvorbehalt	137
1.2. Tötung	138
1.2.1. Begriff	138
1.2.2. Schadensposten	138
1.2.2.1. Bestattungskosten	138
1.2.2.2. Versorgerschaden	139
1.2.2.3. Kosten der versuchten Heilung vor dem Tode	139
1.2.2.4. Nachteile der Arbeitsunfähigkeit vor dem Tode	139
2. Schaden an Sachen des Patienten	139
2. Kapitel: Schadenersatzbemessung	140
§ 1 Begriff	140
§ 2 Bedeutung des Verschuldens des Zahnarztes	140
I. Bei der Verschuldenshaftung	140
II. Bei der Kausalhaftung	141
§ 3 Ermässigung des Schadenersatzes	141
I. Grundsatz	141
II. Einzelne Ermässigungsgründe	142
1. Selbstverschulden des Patienten	142
2. Notlage des Haftpflichtigen	144
3. Ungültige Einwilligung als Reduktionsgrund	145
4. Ungewöhnlich hohes Einkommen des Geschädigten	145
5. Zufall	145
6. Konstitutionelle Prädisposition	146
3. Kapitel: Schadenersatzarten	146
2. Abteilung: Haftung aus unerlaubter Handlung	148
1. Abschnitt: Verschuldenshaftung	148
1. Kapitel: Begriff und Anwendungsbereich	148
2. Kapitel: Voraussetzungen	148
§ 1 Schaden	148
§ 2 Widerrechtlichkeit	149
I. Begriff und Anwendung	149
II. Rechtfertigungsgründe	149
§ 3 Adäquater Kausalzusammenhang	150
§ 4 Verschulden	150
3. Kapitel: Wirkungen	150
§ 1 Schadensberechnung	150

§ 2 Schadenersatzbemessung	150
§ 3 Schadenersatzarten	151
2. Abschnitt: Kausalhaftungen	151
1. Kapitel: Geschäftsherrenhaftung Art. 55 OR	151
§ 1 Begriff und Anwendung	151
§ 2 Voraussetzungen	152
§ 3 Wirkungen	153
2. Kapitel: Werkeigentümerhaftung Art. 58 OR	153
§ 1 Begriff und Anwendung	153
§ 2 Voraussetzungen	154
§ 3 Wirkungen	155
§ 4 Kasuistik	156
3. Abteilung: Genugtuung	157
1. Abschnitt: Begriff	157
2. Abschnitt: Voraussetzungen	157
1. Kapitel: Voraussetzungen nach Art. 47 OR	157
§ 1 Körperverletzung oder Tötung	157
§ 2 Immaterielle Unbill	157
§ 3 Adäquater Kausalzusammenhang	157
§ 4 Widerrechtlichkeit oder Vertragsverletzung	158
§ 5 Besondere Umstände	158
2. Kapitel: Voraussetzungen nach Art. 49 OR	158
§ 1 Persönlichkeitsverletzung	158
§ 2 Besondere Umstände der immateriellen Unbill	158
§ 3 Widerrechtlichkeit oder Vertragsverletzung	158
§ 4 Adäquater Kausalzusammenhang	159
§ 5 Besonders schweres Verschulden	159
3. Abschnitt: Wirkungen	159
1. Kapitel: Berechnung immaterieller Unbill	159
2. Kapitel: Bemessung immaterieller Unbill	159
3. Kapitel: Arten der immateriellen Unbill	159
4. Abschnitt: Kasuistik	160
4. Abteilung: Revisionsbedürftigkeit des schweizerischen Haftpflichtrechts?	164
1. Kapitel: Alternativen	164
§ 1 Kausalhaftung	164
I. Welche Vorteile würde die Einführung einer solchen Haftung für den Zahnarzt und den Patienten bringen?	164
1. Für den Patienten	164
2. Für den Zahnarzt	165

II. Welche Nachteile würde die Einführung einer solchen Haftung den Zahnärzten und den Patienten bringen?	165
1. Für den Patienten	165
2. Für den Zahnarzt	165
§ 2 "Besonderer Versicherungsschutz"	166
2. Kapitel: Schlussfolgerung	166

Literaturverzeichnis

In diesem Literaturverzeichnis werden auch einige Arbeiten aufgeführt, die zwar nicht zitiert werden, für das Studium von einzelnen Fragen aber gleichwohl nützlich sein können.

- | | |
|---|---|
| Becker, H. | Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Bern 1941 |
| Berg, P. S. | Grundriss der gerichtlichen Medizin, 6. Aufl., München 1964 |
| Blass, W. | Die Berufshaftpflicht, Diss. Zürich 1944 |
| Braun, R. | Schäden nach Anwendung zahnärztlicher Arzneimittel im Spiegel des Schrifttums, München 1957 |
| Bucher, E. | Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Diss. Zürich 1956 |
| Büren von, B. | Schweizerisches Obligationenrecht, 2 Bände, Zürich 1964/1972 |
| Daniels, J. | Die Ansprüche des Patienten hinsichtlich der Krankenunterlagen des Arztes, NJW 29 (1976), S. 345 ff. |
| Deschenaux, F. X. | Die Haftpflicht des Arztes und seines Hilfspersonals, Schweizerische Ärztezeitung 58 (1977), S. 78 ff. |
| Deutsch, E. | Medizin und Forschung vor Gericht, Heidelberg/Karlsruhe 1978 |
| Ferrari, A. | Die berufliche Haftpflicht des Zahnarztes mit Berücksichtigung des schweizerischen Haftpflichtrechts und der Praxis der Haftpflichtversicherungsgesellschaften, Diss. Basel/Lugano 1948 |
| Fischer, A. W./Herget, R./Mollowitz, G. | Das ärztliche Gutachten im Versicherungswesen, 3. Aufl., München 1968 |
| Gabka J./Harnisch, H. | Komplikationen und Fehler bei der zahnärztlichen Behandlung, Stuttgart 1974 |
| Gautschi, G. | Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, 3. Aufl., Bern 1971 |
| — | Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 5. Teilband: Der Kreditbrief und der Kreditauftrag, der Maklervertrag, der Agenturvertrag, die Geschäftsführung ohne Auftrag, 2. Aufl., Bern 1964 |
| — | Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 3. Teilband: Der Werkvertrag, 2. Aufl., Bern 1967 |
| Giessen, D. | Die zivilrechtliche Haftung des Arztes bei neuen Behandlungsmethoden und Experimenten, Industrie-Gesellschaft und Recht, Band 7, Bielefeld 1976 |
| Gramberg-Danielsen, B. | Die Haftung des Arztes, Stuttgart 1978 |

XVIII

- Gross, J.
Die persönliche Freiheit des Patienten, Zur öffentlich-rechtlichen Normierung des medizinischen Behandlungsverhältnisses, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, N. F. Heft 446, Bern 1977
- Guddat, U.
Die Häufigkeit von Zwischenfällen in der zahnärztlichen Praxis – ihre Ursachen und Folgen, Diss. Bonn 1968
- Guhl, T./Merz, H./Kummer, M.
Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980
- Haberkorn, W.
Die häufigsten Haftpflichtansprüche bei Kunstfehlern in der zahnärztlichen Praxis, Diss. Halle 1938
- Hackethal, J.
Nachoperation – Noteingriff zur Korrektur eines patientenfeindlichen Gesundheitssystems, München 1977
- Heinrich, E.
Der Zahnarzt in der Karrikatur; zugleich ein Beitrag zur Kulturgeschichte der Zahnheilkunde, München 1963
- Herold, G.
Die Haftung des Arztes für Schäden bei Narkose und ärztlicher Betäubung, Zahnärztliche Praxis 10/263 1959
- Hochstrasser, G.
Zum Eigentum an Röntgenbildern, Bulletin für Standesfragen 2/41 1980
- Hoenig, H.
Aus der zahnärztlichen Gutachtertätigkeit, deutsche zahnärztliche Wochenschrift, 271 1935
- Hoffman, W.
Die Geschichte der Zahnheilkunde, Berlin 1973
- Karsten, O.
Haftpflichtfälle aus der zahnärztlichen Praxis, Diss. Göttingen 1974
- Keller, A.
Haftpflicht im Privatrecht, 3. Aufl., Bern 1978
- Keller, M./Landmann, V. N. J.
Haftpflichtrecht, Ein Grundriss in Tafeln, Zürich 1979
- Kirsch, Th.
Forensische Fragen zur ersten Hilfe und Anästhesie, zahnärztliche Mitteilungen 57/401 1967
- Klingmüller, E.
Zu den Plänen einer neuartigen Patientenversicherung nach schwedischem Muster in der Bundesrepublik Deutschland, Vers.R 1980 Heft 29 (A), S. 694 ff.
- König, F.
Haftpflicht des Arztes, Leipzig 1937
- Künell, E.
Die Ersatzansprüche beim Vorliegen eines ärztlichen Kunstfehlers, Vers.R 1980 Heft 21 (A), S. 502 ff.
- Laufs, A.
Arztrecht, NJW-Schriftenreihe, Heft 29, München 1977
- Fortschritte und Scheidewege im Arztrecht NJW 29 (1976), S. 1121 ff.
- Link, K. H.
Schädigungen des Kauorgans, das ärztliche Gutachten im Versicherungswesen, Band I, S. 769 ff., München 1968
- Haftpflichtfragen aus der chirurgischen Zahnheilkunde in das ärztliche Gutachten im Versicherungswesen, Band I, S. 573 ff., München 1955
- Loeffler, W.
Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung, Diss. Zürich, Aarau 1945
- Lotz, A.
Zur Frage der rechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes, BJM 15 (1968), S. 107 ff.

- Meier, L.
 Meyer, G.
 Morgen, E. F.
 —
 Neumann, R.
 Oehl, J.
 Oftinger, K.
 —
 Oser, H./Schönenberger, W.
 —
 —
 Ott, W. E.
 Palandt, O.
 Perret, W.
 —
 Richard, E.
 Ritter, P./Korn, A.
 Ritter, R.
 Roesch, H.
 Rosenstiel, H.
 Russe, K. R.
 Schmidt, E.
- Handbuch der zahnärztlichen Rechtskunde, Halle 1921
 Zur Frage des Kunstfehlers und der Sorgfaltspflicht, insbesondere in der zahnärztlichen Heilkunde, Diss. Marburg 1949
 Kunstfehler und Schadenersatz, deutscher Zahnärztekalendar 143/1951
 Rechtsfragen der zahnärztlichen Praxis, deutscher Zahnärztekalendar 163/1948
 Üble Zufälle in der täglichen Praxis, Verhütung und Hilfe, Berlin 1938
 Zur Aspiration zahnärztlicher Fremdkörper in die unteren Luftwege, Diss. Münster 1955
 Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2 Bände (2. Band in 2 Halbbänden), 1. Band 4. Aufl., Zürich 1975, II. Band 3. Aufl., Zürich 1970/72
 Das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient, Schweizerische Medizinische Wochenschrift 74 (1944), S. 195
 Zürcher Kommentar, Band V, 1, Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183 OR), 2. Aufl., Zürich 1929
 Zürcher Kommentar, Band V, 2, Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184–418 OR), 2. Aufl., Zürich 1936
 Zürcher Kommentar, Band V, 3, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, (Art. 419–529 OR), 2. Aufl., Zürich 1945
 Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Zürcher Studien zum Privatrecht, Diss. Zürich 1978
 Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz, Beurkundungsgesetz, Abzahlungsgesetz, Wohnraumkündigungsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Ehegesetz, Jugendwohlfahrtsgesetz, Truppschäden-Regelung, 32. Aufl., München 1973
 Arzthaftpflicht, Ärztliche Beurteilung häufiger Komplikationen bei Diagnostik und Therapie unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung, München und Berlin 1956
 Aussenseitermethode, das ärztliche Gutachten im Versicherungswesen, Band I, München 1968
 Zwischenfälle in der zahnärztlichen Praxis und ihre zivilrechtlichen Konsequenzen, Diss. Berlin 1968
 Deutsches Zahnärzte-Recht für Zahnärzte, Ärzte und Juristen, 2. Aufl., Berlin 1930
 Über die Pflicht zur Aufklärung des Patienten, deutscher Zahnärztekalendar, 24. Jahrgang 1965, S. 11
 Zur Rechtsnatur des Zahnarztvertrages, Vers.R 1979, Heft 1 (A), S. 12 ff.
 Haftpflicht des Arztes, SJK Karte 846
 Das ärztliche Berufsgeheimnis, Diss. Zürich 1954
 Empfiehlt es sich, dass der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt? Gutachten für den 44. deutschen Juristentag, Tübingen 1962

- Stark, E. W.
 Theissing, G.
 Tuhr von, A./Peter, H.
 Venter, R./Bohne, G./Euler, H.
 Virchow, R.
 Vogel, Ch.
 Vogel, W. u. H.
 Wachsmuth, W.
 Walcher, K.
 Weerda, G. H.
 Weyers, H. L.
 Wiedemann, H.
 Wiki, K.
 Winter, U.
- Die Bemessung des Verschuldens in Arzt-Haftpflicht-Fällen in der Gerichtsmedizin, Bindeglied zwischen Medizin und Recht, Festgabe Fritz Schwarz, Bern 1968, S. 46 ff.
 Ärztliche Kunstfehler und Haftpflicht, S. 197 ff., ZVWiss., 67. Band, 78 Karlsruhe
 Allgemeiner Teil des Schweiz. Obligationenrechts, I. Band, 3. Aufl., Zürich 1979
 Forensische Zahnheilkunde, München 1956
 Kunstfehler der Ärzte, S. 5/4 ff., in gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der öffentlichen Medizin, Berlin 1879
 Haftpflichtansprüche aus zahnärztlicher Chirurgie und Lokalanästhesie, deutscher Zahnärztekalendar, 39. Jahrgang, S. 98 ff., München 1980
 Ärztliche Aufklärungspflicht bei diagnostischen Eingriffen, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft, 68. Band, Karlsruhe 1979, S. 603 ff.
 Zur Begriffsbestimmung und Problematik des sog. "Kunstfehlers", Der Krankenhausarzt 48 (1975), S. 422 ff.
 Zivilrechtliche Haftung des Zahnarztes, Die zahnärztliche Praxis Nr. I/20, 1954
 Die geschichtliche Entwicklung des zahnärztlichen Arbeitsplatzes, Diss. Erlangen-Nürnberg 1967
 Empfiehlt es sich im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags- (Standes-) und Haftungsrecht einzuführen? Gutachten A zum 52. deutschen Juristentag, Wiesbaden 1978
 Haftpflicht in der zahnärztlichen Praxis, Diss. Berlin 1930
 Kunstfehler in der zahnärztlichen Chirurgie, Diss. Luzern 1920
 Die Wiedergutmachung immaterieller Beeinträchtigung bei Körperverletzung und Tötung, Eine vergleichende Darstellung des schweizerischen, deutschen, französischen und englischen Rechts, Diss. Zürich 1975

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl.	Bundesblatt
Bd.	Band
Bem.	Bemerkung(en)
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Lausanne)
BGH	Deutscher Bundesgerichtshof
BG	Schweizerisches Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BV	Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
dt.	deutsche(s)
EG	Einführungsgesetz
entsp.	entsprechend(e, er)
Erw.	Erwägung
evtl.	eventuell
f.	und folgende(r) Seite, Artikel, Note
ff.	und folgende Seiten, Artikel, Note
FN	Fussnote
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	in Sachen, im Sinne
i.w.S.	im weiteren Sinne
i.V.	in Verbindung
gest.	gestorben
KHA	Der Krankenhausarzt (Karlsruhe)
LG	Landesgericht
Lit.	Literatur
lit.	litera
lt.	laut
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
med.	medizinisch(e, er)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht, Blekede an der Elbe u.a. 1947 ff.
m.W.	meines Wissens
N	Note, Fussnote
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Frankfurt a/Main)
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 3. März 1911/18. Dezember 1936
p.	page (Seite)
Pat.	Patient

RG	Deutsches Reichsgericht
S.	Seite
s.	siehe
SÄZ	Schweizerische Ärztezeitung (Bern)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
StenBull (NR/StR)	Amtl. stenographisches Bulletin der Bundesversammlung (Nationalrat/Ständerat). Seit 1967: Amtl. Bulletin der Bundesversammlung
StGB	Schweiz. Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
u.a.	und andere(s); unter anderem
u.ä.	und ähnliches
Verf.	Verfassung
Vers.R.	Versicherungsrecht (Karlsruhe)
Veska	Das schweizerische Spital (Aarau)
vgl.	vergleiche
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZH	Zürich
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtssprechung (Zürich)
ZPO	Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976
ZVWiss.	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft (Karlsruhe)

I. Teil: Einführung

1. Abteilung: Einleitung

In den letzten Jahren wurde von den Konsumentenschutzverbänden immer wieder auf die Problematik des zahnärztlichen Haftpflichtrechtes hingewiesen und zum Teil gravierende Gesetzesänderungen gefordert.

Gegenüber den teilweisen harten Vorwürfen sahen sich die Vertreter des Zahnärztstandes verpflichtet, diesen, ihrer Ansicht nach ungerechtfertigten Anfechtungen zu entgegnen.

Diese Arbeit wurde geschrieben, um solchen Diskussionen eine umfassende und überblickende Grundlage vermitteln zu können.

Einerseits soll sie den Juristen neue wissenschaftliche Erkenntnisse eröffnen, andererseits aber auch den juristischen Laien (Zahnarzt und Patient) auf verständliche Art und Weise im Haftpflichtrecht orientieren.

Die Arbeit ist in drei Teile gegliedert. Der erste Teil soll den Leser in die Thematik und Problematik einführen und orientieren, während die beiden nachfolgenden Teile das Problem des zahnärztlichen Haftpflichtrechtes möglichst systematisch analysieren und einer konstruktiven Lösung zuführen sollen.

Je nach Bedeutung der einzelnen Probleme in der täglichen Praxis wurden sie ausführlicher oder nur in den Grundzügen behandelt, ja sogar gänzlich weggelassen, da sie in der Literatur schon ausführlich behandelt wurden¹.

Aufgrund der den Versicherungsgesellschaften, Zürich-, Helvetia-Unfall- und Winterthur-Unfall-Versicherungsgesellschaft, zugesicherten Anonymität durch den Autor muss jeweils der Hinweis "Versicherungsfall" genügen, um zum Ausdruck zu bringen, dass der entspr. Fall den Akten einer der drei obgenannten Versicherungsgesellschaften entnommen wurde.

Anzumerken bleibt, dass in dieser Arbeit die Ausdrücke Zahnarzt und Dentist im identischen Sinne verwendet werden.

¹ vgl. hierzu das Literaturverzeichnis

2. Abteilung: Historische Grundlagen

Obschon sich schon die alten Babylonier und Ägypter mit der Zahnheilkunde befassten, wurde der Begriff Zahnarzt (dentator) zum erstenmal in den Schriften des französischen Chirurgen Guy de Chautiac (gest. 1370) gefunden. Dennoch wird allgemein als Geburtsjahr der modernen Zahnheilkunde das Jahr 1700 angenommen, da wenige Monate zuvor Ludwig XIV. durch Edikt, als Unterabteilung der Wundärzte, einen Stand der "chirurgiens dentistes" geschaffen hatte². Vereinzelt wird die Neuzeit der Zahnheilkunde auch auf das Jahr 1728 festgesetzt, als Pierre Fauchard sein Werk "Le chirurgien dentiste" herausgab³.

Nachdem sich die Zahnmedizin im 18. Jahrhundert weitgehend auf eigene Füße gestellt hatte, folgte im 19. Jahrhundert eine zunehmende Aufwertung des zahnärztlichen Standes, welche einerseits auf die verbesserten technischen Mittel und andererseits auf eine gründlichere Ausbildung und erhöhte Anforderung an die Berufsausübung zurückzuführen war⁴. Während im 19. Jahrhundert allerdings nur die Wohlhabenden in den Genuss der modernen Zahnmedizin kommen konnten, da sich der Minderbemittelte aus Kostengründen zur Schmerzbesitzigung nach wie vor an den Zahnausreisser, an den Barbier und in der zweiten Jahrhunderthälfte an einen sich bildenden Stand "nicht-approbierter Zahnbehandler" wenden musste, sollte es in der heutigen Zeit doch grundsätzlich jedermann möglich sein, in den vollen Genuss der modernen Zahnmedizin zu gelangen.

Die Zahnmedizin als selbständiges medizinisches Fachgebiet ist also noch jüngeren Datums. Entsprechend neu, dem technischen Fortschritt und der qualifizierten Ausbildung des Zahnarztes folgend, ist auch das intensivere Bestreben der Patienten, nicht jedes zahnärztliche Fehlverhalten als ein Behandlungsrisiko zu akzeptieren, sondern den Zahnarzt für seine Fehler zur Rechenschaft zu ziehen.

2 Weerda, S. 3

3 Weerda, S. 17

4 Hoffmann, S. 242

3. Abteilung: Faktische Grundlagen (Zahnärztebefragung)

1. Abschnitt: Zweck der Umfrage

Gerade in der heutigen Zeit scheint es unumgänglich, jede wissenschaftliche Arbeit mit einer Meinungsumfrage zu beginnen. Doch hier darf eine solche Umfrage nicht als Ausgangspunkt oder als Grundlage dieser Arbeit betrachtet werden. Diese Umfrage, welche den Stellenwert dieser Arbeit im Sinne einer Orientierung für den Leser darstellen soll, verfolgt zwei Ziele:

- a. Eruierung konkreter Anhaltspunkte, die Aufschluss über die Häufigkeit und Art von zahnärztlichen Zwischenfällen geben.
- b. Aufschluss über die Kenntnisse der Zahnärzte bezüglich des Umfanges der rechtlichen Pflichten, welche diesen aus dem Arzt-Patienten-Verhältnis erwachsen.

Zwangsläufig führt eine solche Zielsetzung nicht zu einer umfassenden Antwort der in diesem Zusammenhange aufgeworfenen Fragen. Vielmehr soll durch diese Umfrage das Interesse des Lesers geweckt werden, um ihm somit den Einstieg in die Problematik der zahnärztlichen Haftpflicht zu erleichtern.

2. Abschnitt: Inhalt der Umfrage

Es wurden 42 Zahnärzte aus der Region Zürich befragt. Die zu befragenden Zahnärzte wurden nicht nach bestimmten Kriterien (wie Land-, Stadt Zahnarzt, Spezialisierungsgrad usw.) ausgesucht. Aus diesen Gründen (relativ kleine Anzahl von Befragten und unterlassener Auswahl von bestimmten Arten von Zahnärzten) seien die nachfolgenden Zahlen nicht als "absolute" Werte, sondern als Richtwerte zu betrachten.

1. Berufshaftpflichtversicherung

Heute darf davon ausgegangen werden, dass jeder Zahnarzt in der Schweiz eine Berufs-Haftpflichtversicherung abgeschlossen hat (von 42 befragten Zahnärzten hatten alle eine solche abgeschlossen).

2. Häufigkeit von Zwischenfällen

Ca. 24% der befragten Zahnärzte gaben an, dass sich bei ihnen im Durchschnitt alle zwei Jahre ein Zwischenfall ereignet, welcher der Versicherungsgesellschaft angemeldet wird. Daraus lässt sich folgern, rein rechnerisch gesehen, dass jeder Zahnarzt innerhalb von ca. 8 Jahren mit einem Zwischenfall rechnen muss, welcher er der Versicherung anzugeben gezwungen ist.

Ca. 26% der 42 Befragten haben pro Jahr einen zahnärztlichen Zwischenfall in ihrer Praxis, welcher sie nicht der Versicherung angeben. Wiederum bedeutet dies rein rechnerisch, dass im Durchschnitt jeder Zahnarzt alle 4 Jahre mit einem Zwischenfall rechnen muss, den er jedoch nicht der Versicherung anzugeben braucht. Dies zeigt deutlich, dass in der Schweiz die Zahnärzte im allgemeinen wenig Zwischenfälle in ihrer Praxis erleben und verursachen.

3. Praxisorganisation

75% der Zahnärzte praktizieren allein. 15% der Zahnärzte praktizieren zusammen mit Assistenten und nur 10% arbeiten in einer sog. Praxisgemeinschaft jegwelcher Art. Aufgrund dieser Verhältnisse interessiert uns vor allem die rechtliche Beziehung des Zahnarztes in "vertikaler" Sicht (gegenüber den Patienten) und nicht in "horizontaler" Sicht (gegenüber den andern Zahnärzten).

4. Aufklärungspflicht

Nur ca. 60% der befragten Zahnärzte klären grundsätzlich immer den Patienten über die zu erfolgende Behandlung auf und 7,2% tun dies selten oder überhaupt nie, obwohl von Gesetzes wegen dem Zahnarzt eine solche Pflicht obliegt.

5. Herausgabepflicht der Röntgenbilder

Ca. 36% der Befragten händigen auf Verlangen des Patienten diesem die Röntgenbilder nicht aus, obwohl dazu m.E. auch eine eindeutige Rechtspflicht des Zahnarztes besteht¹.

¹ vgl. S. 38 ff.

6. *Haftpflichtrechtskenntnisse*

Ca. 10% der Befragten betrachten ihre rechtlichen Kenntnisse bezüglich der zahnärztlichen Haftpflicht als ungenügend, während die übrigen 90% diese als ausreichend bis sehr gut ansehen. Wird diese Antwort in Beziehung zur Frage 3, 4 und 5 gesetzt, so kann daraus geschlossen werden, dass eine grosse Anzahl Zahnärzte ihre ungenügenden haftpflichtrechtlichen Kenntnisse vielfach als ausreichend betrachten.

7. *Pflicht zur Führung einer Krankengeschichte*

41 der 42 Dentisten führen prinzipiell eine Krankengeschichte. Einer verfasst eine solche nur bei komplizierten Fällen, obwohl auch hier eine solche Pflicht zur Führung einer Krankengeschichte ausdrücklich von der Lehre- und Rechtsprechung bejaht wird².

8. *Fortbildungspflicht*

Heute darf angenommen werden, dass jeder Zahnarzt bestrebt ist, sein Fachwissen stets den neuesten Erkenntnissen anzugleichen.

9. *Genugtuung*

Ca. 93% der Zahnärzte wurden noch nie auf Zahlung einer Genugtuung belangt, während die restlichen 7% die Frage unbeantwortet liessen.

Konsequenterweise wird daher dem eigentlichen Schadenersatzrecht das Hauptgewicht zugemessen und das Recht auf Genugtuung nur in den Grundzügen behandelt.

Anhand dieser 9 Fragen lässt sich eine Schwerpunktbildung der nachfolgenden Arbeiten herauslesen, wobei zu beachten bleibt, dass den einzelnen umstrittenen sog. Sorgfaltspflichtverletzungen die Umfrageresultate jeweils direkt vorangestellt werden, um so besser die jeweilige Problematik der entsprechenden Frage zeigen zu können.

2. Teil: Rechtliche Grundlagen

1. Abteilung: Begriff und allgemeine Grundlagen der zivilrechtlichen Haftung

1. Abschnitt: Begriff der Haftung

Der Begriff der Haftung im Zivilrecht kann verschiedene Bedeutungen haben. Im Sinne dieser Arbeit, also in einem weiteren Sinne, sind darunter “neben den ausservertraglichen Schädigungen” auch “ausgewählte Tatbestände vertraglicher Schädigungen” zu verstehen, “vor allem wenn solche von den Angehörigen bestimmter Berufe ihren Auftraggebern zugefügt werden, indem sie die ihnen obliegenden Sorgfaltspflichten verletzen: Haftpflicht des Arztes, des Anwalts u.a.m.”¹.

Von vertraglicher Haftung spricht man, wenn Vorschriften aus dem besonderen Vertragsrecht oder solche aus dem allgemeinen Vertragsrecht, so z.B. bei Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung des Vertrages, verletzt werden. Noch allgemeiner ausgedrückt, bedeutet zivilrechtliche Haftung innerhalb des Privatrechtes “das Entstehen für Schaden, den man einem andern zugefügt hat”².

2. Abschnitt: Einordnung der zahnärztlichen Haftung

Für Zahnärzte, wie für Ärzte³, gibt es kein Sonderrecht. Die Haftung des Zahnarztes unterliegt den gleichen Normen wie jede Haftung aus anderen Tätigkeiten von selbständigerwerbenden Personen.

1. Kapitel: Privatrecht

Gesetzesgrundlagen für die zivilrechtliche Haftung des freipraktizierenden Zahnarztes sind die Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen (Art. 41 ff. OR), über den Werkvertrag (Art. 363 ff. OR), über den einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR) und in Ausnahmefällen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR).

1 Otfinger I S. 3

2 A. Keller, S. 28

3 Ott, S. 4

2. Kapitel: Öffentliches Recht

Ist der Zahnarzt nicht mehr freipraktizierend, sondern als Beamter oder Angestellter des öffentlichen Rechts in der Funktion eines Spitalarztes beschäftigt, dann wird die Haftung nach öffentlich-rechtlichen Normen bestimmt. Art. 41 ff. OR kommen aber zur Anwendung, falls ein Kanton von der Ermächtigung in Art. 61 I OR keinen Gebrauch macht, eigene Bestimmungen für seine Beamten und Angestellten des öffentlichen Rechts zu erlassen⁴.

3. Kapitel: Standesrecht oder Case law

Praxis, Lehre und Rechtsprechung konkretisieren die Normen des Privatrechtes durch die Behandlung von entsprechenden sich wiederholenden Fällen. Einzelne Begriffe, welche im Zusammenhang mit der zahnärztlichen Haftpflicht behandelt werden müssen, wurden erst durch Lehre und Rechtsprechung geprägt, geklärt oder sogar neu geschaffen (z.B. der Begriff des Kunstfehlers).

Ebenso hat sich die Zahnärztesgesellschaft eine eigene Standesordnung geschaffen, welche den Zahnärzten in gewissen Bereichen ihrer Tätigkeit eine bestimmte Verhaltensweise vorschreibt⁵. All die Vorschriften und Regeln, Standesordnung, Gerichtsfälle und Lehrmeinungen können zur Klärung der gesetzlichen Haftpflichtnormen herangezogen werden, nie erlangen diese aber Gesetzescharakter.

4 BGE 70 II 208, BGE 56 II 201, vgl. A. Keller, S. 355

5 vgl. die Standesordnung von 1965 der schweizerischen Zahnärzte-Gesellschaft

2. Abteilung: Haftungsgründe

1. Abschnitt: Vertragliche Haftung

Darunter versteht man eine aufgrund übereinstimmender Willensäußerung eingegangene Verpflichtung, nach welcher ein Vertragspartner dem andern für den daraus entstandenen Schaden infolge Nichterfüllung oder nicht richtiger Erfüllung seiner Verpflichtung einzustehen hat. Die meisten Fälle der zahnärztlichen Haftung beruhen auf einem Vertragsverhältnis zwischen Dentist und Patient. Dieses Verhältnis kann sowohl durch stillschweigende, als auch durch ausdrückliche übereinstimmende Willensäußerung entstehen.

2. Abschnitt: Ausservertragliche Haftung

Sie bedeutet das "Eintretenmüssen für eine widerrechtlich zugefügte Schädigung oder immaterielle Unbill"¹. Nach Meinung des Bundesgerichts² wird mit dieser Definition nur die ausservertragliche Haftung erfasst, die Haftung aus unerlaubter Handlung³, die in der widerrechtlichen, nicht vertraglichen Verpflichtung obliegenden Schadenszufügung besteht.

3. Abschnitt: Beziehung der vertraglichen Haftung zur ausservertraglichen Haftung

1. Kapitel: Allgemeines

Möglich ist, dass ein und derselbe Tatbestand sowohl eine Vertragsverletzung, als auch eine unerlaubte Handlung darstellt. So z.B. in dem Falle, bei welchem ein Zahnarzt, der durch unvorsichtige Behandlung seinen Patienten bei der Zahnbehandlung mit einem Werkzeug im Munde schwer verletzt. Einerseits verstösst er hier gegen seine vertragliche Sorgfaltspflicht und andererseits gegen das allgemeine Verbot der Rechtsordnung, die körperliche Integrität des Menschen zu verletzen⁴.

Das Bundesgericht und die herrschende Lehre nehmen in einem solchen Falle Anspruchskonkurrenz an⁵.

1 M. Keller Tafel 2

2 BGE 65 II 193

3 Art. 41 ff. OR

4 BGE 95 II 106, vgl. Oftinger I, S. 130

5 BGE 64 II 259, BGE 91 I 239

Diese beiden Haftungsgründe können kumulativ vom Geschädigten angerufen werden.

2. Kapitel: Konsequenzen

Der Geschädigte hat demnach die Wahl, seine Forderung auf ausservertragliche oder vertragliche Haftung abzustützen. Dies hat, je nach seiner Entscheidung, unterschiedliche Konsequenzen für sein weiteres Vorgehen gegen den Schädiger. Genannt seien hier nun die wichtigsten Unterschiede.

§ 1 Beweislast

I. Vertragliche Haftung (Art. 97 OR)

Hier hat der Kläger den Vertrag, den Schaden, die Vertragsverletzung und den Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Vertragsverletzung zu beweisen. Ein Verschulden braucht der Kläger nicht zu beweisen.

II. Ausservertragliche Haftung (Art. 41 OR)

Der Kläger hat die Existenz eines Schadens, den Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem haftungsbegründenden Tatbestand, der Widerrechtlichkeit der Schädigung und das Verschulden zu beweisen. Im Gegensatz zur vertraglichen Haftung trägt hier der Kläger die Beweislast für das Verschulden. Dies ist insofern von Bedeutung, als derjenige, der von Gesetzes wegen die Beweislast übertragen erhält, auch die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Somit hat der Zahnarzt, dem der Exculpationsbeweis nicht gelingt, bei vertraglicher Haftung für den Schaden einzustehen. Bei der ausservertraglichen Haftung hat der Patient den erlittenen Schaden zu tragen, falls ihm der Verschuldensnachweis gegenüber dem Arzt nicht gelingt.

Vor Gericht entscheidet vielfach das Gelingen eines Verschuldensbeweises, ob einem Haftungsanspruch stattgegeben wird oder nicht.

§ 2 *Fälligkeit*

I. **Vertragliche Haftung**

Der Anspruch auf Schadenersatz aus Verletzung des Vertrages entsteht im Zeitpunkt der vereinbarten Vertragsleistung.

II. **Ausservertragliche Haftung**

Demgegenüber entsteht hier der Haftungsanspruch sofort im Zeitpunkt des Schadenseintrittes.

§ 3 *Verjährung*

I. **Vertragsklage**

Der Patient kann nach Art. 127 OR seine Klage während 10 Jahren geltend machen⁶.

II. **Ausservertragliche Haftung**

Nach Art. 60 I OR kann nur innerhalb eines Jahres, seit dem der Geschädigte "Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat", vom Haftpflichtigen Schadenersatz verlangt werden.

§ 4 *Haftung für Hilfspersonen*

I. **Vertragliche Haftung⁷**

Nach Art. 101 OR haftet der Zahnarzt immer dann, wenn ihm das Verhalten der Hilfsperson, bei gleichem eigenem Verhalten als schuldhaft angelastet werden muss⁸.

⁶ Hier ist zu berücksichtigen, dass die Verjährung der Honorarforderung des Zahnarztes schon nach 5 Jahren eintritt (Art. 128 Ziff. 3 OR), vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 280.

⁷ vgl. S. 21 ff.

⁸ vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 219

Da nicht jede Unsorgfalt ein Verschulden nach Art. 97 OR bedeutet, ist hier der Exculpationsbeweis (Beweis der Schuldlosigkeit)⁹ zugelassen, d.h. der Zahnarzt braucht nur für diejenige Sorgfalt einzutreten, welche als Fahrlässigkeit oder Absicht beurteilt wird.

II. Ausservertragliche Haftung¹⁰

Hier kann sich der Zahnarzt gemäss Art. 55 OR durch den Nachweis der gehörigen Sorgfalt bei der Auswahl, Instruktion und Überwachung der Hilfsperson entlasten. Dieser Sorgfaltsbeweis ist nur möglich, wenn der Haftpflichtige die volle Sorgfalt angewandt hat. Beim Vorliegen der geringsten Unsorgfalt der Hilfsperson des Zahnarztes ist ein Entlastungsbeweis nicht mehr möglich, obwohl das gleiche Verhalten bei der vertraglichen Haftung nach Art. 101 OR dem Zahnarzt nicht als Verschulden angerechnet würde, da dieser sich noch exculpieren könnte¹¹.

9 M. Keller Tafel 64

10 vgl. S. 148 ff.

11 vgl. M. Keller Tafel 64

3. Abteilung: Haftungsarten

In unserer Rechtsordnung kennen wir zwei Arten der Haftung:

Die Verschuldens- und die Kausalhaftung. Die heutige Tendenz rückt immer mehr vom gesetzlich verankerten Grundprinzip der Verschuldenshaftung ab und nähert sich der Haftung ohne Verschulden (Kausalhaftung).

Die Verschuldenshaftung geht vom Verschulden des Schädigers aus, während die Kausalhaftung ihren Bezugspunkt in der Schadensdeckung des Geschädigten nimmt¹.

Der Grund dieser Entwicklung findet sich in der Veränderung des Rechtsempfindens des Menschen, welcher die Schadenstragung durch den Geschädigten, dem ein Verschuldensnachweis nicht gelingt als unbillig erachtet².

1. Abschnitt: Verschuldenshaftung

1. Kapitel: Ausservertragliche Haftung (Art. 41 ff. OR)

Die Haftung aus unerlaubter Handlung verlangt ein Verschulden des Zahnarztes.

2. Kapitel: Vertragliche Haftung (Art. 97 ff. OR)

Da der beschuldigte Vertragspartner die Möglichkeit hat, sich zu exculpieren, wird demnach auch hier ein Verschulden für unsorgfältiges Verhalten des Zahnarztes oder seiner Hilfsperson vorausgesetzt³.

1 Oftinger I, S. 37 f.

2 Oftinger a.a.O.

3 Dennoch gibt es auch im Vertragsrecht eine Kausalhaftung, vgl. die Zusammenstellung bei A. Keller, S. 36 f.

2. Abschnitt: Kausalhaftung

Die sogenannte Haftung ohne Verschulden unterteilt sich in:

1. Kapitel: Gewöhnliche Kausalhaftung

Darunter sind alle Kausalhaftungen zu zählen, welche nicht in Spezialgesetzen geregelt sind und welche keine Verschulden des Schädigers in bezug auf die zivilrechtliche Haftung des Zahnarztes voraussetzen. Dazu zählt man vor allem:

1. Die Haftpflicht des Geschäftsherrn für seine Hilfsperson (Art. 55 OR).
2. Die Haftpflicht des Werkeigentümers für Mängel eines zahnmedizinischen Apparates, sofern er die Werkvoraussetzungen nach Art. 58 OR erfüllt.

2. Kapitel: Gefährdungshaftung⁴

Hierzu werden sämtliche in Spezialgesetzen geregelten Kausalhaftungen gerechnet. Für die zivilrechtliche Haftung des Zahnarztes sind vor allem relevant:

1. Elektrizitätsgesetz (BG betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902, ELG).

Nach Oftinger⁵ muss von Fall zu Fall individuell entschieden werden, ob eine Anlage als "Hausinstallation" gemäss Art. 41 ELG bezeichnet werden kann und diesfalls der strengerer Haftung des Art. 27 ELG entzogen würde. Jedenfalls zeigt die heutige Tendenz in Richtung der Unterstellung von elektrisch betriebenen medizinischen Einrichtungen unter die sog. "Hausinstallation" des Art. 41 ELG⁶.

2. Atomgesetz (BG über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz vom 23. September 1959).

Ionisierende Strahlen fallen nach A. Keller⁷ unter das Atomgesetz, dennoch werden aber die von medizinischen Apparaten verursachten Strahlenschäden nicht von den Haftungsbestimmungen des Atomgesetzes erfasst⁸.

4 A. Keller, S. 33 ff. spricht von milder, als der gewöhnlichen Kausalhaftung und von scharfer Kausalhaftung als der Gefährdungshaftung.

5 Oftinger II/1, S. 407 ff.

6 vgl. Ott, S. 13; a.M. Loeffler, S. 89

7 A. Keller, S. 260

8 vgl. Ott, S. 14

3. Teil: Analyse der Haftpflichtrechtlichen Probleme
des Zahnarztes

1. Abteilung: Haftung aus Vertrag

1. Abschnitt: Rechtsnatur des Zahnarzt-Patienten-Vertrages

1. Kapitel: Allgemeines

§ 1 Heilbehandlung als einfaches Auftragsverhältnis

Der Patient, der die Praxis des Zahnarztes aufsucht, um sich von Zahnbeschwerden befreien zu lassen, schliesst einen Vertrag ab mit dem Zahnarzt, der meistens unter das Auftragsrecht (Art. 394–406 OR) subsumiert werden kann. Demnach verpflichtet sich der Dentist, die ihm übertragenen Dienste vertragsgemäss zu besorgen. Die Arbeit des Zahnarztes ist vielfach eine einmalige oder sie umfasst gezahlte Dienste, wobei eine zeitliche Begrenzung dieser Arbeit ausser Betracht fällt. Diesbezüglich besteht keine Ausnahme zum allgemeinen Arztvertrag¹, sodass die Normen des einfachen Auftrages angewendet werden können.

§ 2 Reparatur von Brücken, Prothesen und Plomben als Werkvertragsverhältnis

Ist der Zahnarztvertrag nur auf die Herstellung einer oder mehrerer Prothesen gerichtet, was vor allem beim Ersatz einer gebrochenen Prothese möglich wäre, ohne dass eine eigentliche zahnärztliche Heilbehandlung nötig ist und ohne dass eine solche auch wirklich erfolgte, so schliesst in diesem Falle der Patient mit dem Zahnarzt einen Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR ab.

Die gleiche Ansicht vertritt auch das Obergericht des Kantons Appenzell Auser rhoden², wenn es schreibt: “Der Patient, der sich in die Behandlung begibt, verlangt vom Zahnarzt ein Tätigwerden zwecks Sanierung seines Gebisses, ohne ihm die einzelnen Detail-Arbeiten vorzuschreiben, es sei denn, er verlange ausdrücklich z.B. die Herstellung oder den Ersatz bestimmter Bestandteile des Gebisses oder die Entfernung von einzelnen Zähnen. Im erstgenannten Falle handelt es sich um ein Auftrags-, in den letzteren Fällen hingegen um ein Werkvertragsverhältnis. Verlangt der Patient vom Zahnarzt die Vornahme einer in ihrem Ausmass genau bezeichneten zahnärztlichen Arbeit, deren Planung keine besonderen Anforderungen stellt und für deren Ausführung es keiner zahnärztlichen Kunst bedarf, die über den Rahmen anspruchsvoller Handwerke hinaus geht, so ist von einem Werkvertrag zu sprechen.”

¹ vgl. Ott, S. 23 ff.

² SJZ 1961 Heft 16/17 S. 253

Der Zahnarzt schuldet in diesem Falle ein Werk im Sinne von Art. 363 OR. Entsprechend diesem Vertragsverhältnis werden auch allfällige Mängel dem Gewährleistungsrecht nach Art. 367 OR unterstellt.

2. Kapitel: Besonderer Fall: Kombination von Zahnbehandlungsmassnahmen mit prothetischen Arbeiten – der handwerkliche Zahnheilvertrag

§ 1 Begriff und Wesen

Durch diesen Vertrag verpflichtet sich der Zahnarzt gegenüber dem Patienten, diese in seinem Munde- und Kieferbereiche gelegenen Beeinträchtigungen, sowohl durch eine getreue und sorgfältige Heilbehandlung, als auch durch Herstellung eines Werkes (Prothese, Brücke, Plombe usw.), zu beheben.

Demgegenüber verpflichtet sich der Patient zu einer den Aufwendungen und Mühen entsprechenden Honorierung. Diese Definition macht ersichtlich, dass einerseits werkvertragsrechtliche, andererseits auch auftragsrechtliche Elemente dieses Vertragsverhältnis bestimmen, nämlich das der Herstellung eines “Werkes”, als auch das der übernommenen, sorgfältigen Heilbehandlung am Patienten.

§ 2 Problematik

Diese tritt bei der Subsumtion unter eine gesetzlich geregelte Vertragsart hervor. Von Bedeutung ist dies vor allem für die Haftung, denn ob der Zahnarzt aus Auftrag oder aus Werkvertrag haftet, hat sowohl unterschiedliche Haftungsvoraussetzungen für den Zahnarzt, als auch für den Patienten. Während beim Werkvertrag der Zahnarzt für den Erfolg seiner Arbeit eintreten muss, haftet er beim Auftrag “nur” für eine getreue und sorgfältige Ausführung des Auftrages. Beim Werkvertrag besteht eine Erfolgshaftung für den Zahnarzt, der Patient kann sich aber nur während kurzer Zeit über das Ausbleiben des Erfolges beschweren. Er hat die Obliegenheit, das Werk während einer dem Geschäftsgange tunlichen Zeit zu prüfen, um sofort danach die Mängelrüge beim Zahnarzt anbringen zu können³. In einem späteren Zeitpunkt ist dann aber der Patient mit der Mängelrüge beim Werkvertrag⁴ ausgeschlossen, während bei einer Sorgfaltspflichtverletzung der Patient den Schaden bis zum Ablauf der Verjährungsfrist geltend machen kann.

³ Art. 367 I OR

⁴ Ausgenommen beim Nachweis des Bestellers, dass der Unternehmer ihn absichtlich getäuscht hat; dann gilt die 10jährige Verjährungsfrist, Guhl/Merz/Kummer S. 452.

§ 3 *Rechtliche Analyse*

I. **Heutige Lösungen**

1. *Auftragslehre*

Die Lehre subsumiert den Vertrag zwischen Zahnarzt und Patient unter den einfachen Auftrag (Art. 394–406 OR)⁵ mit der Begründung, dass nicht das Werk die Hauptleistung darstelle, sondern die Heilung den massgeblichen Gesichtspunkt bilde. Dabei ist die Prothese nur das Mittel zur Erreichung des Zieles, nämlich des Heilerfolges.

2. *Werkvertragslehre*

Diese Lehrmeinung, vor allem in Deutschland vertreten, will den Vertrag ganz unter den Werkvertrag subsumieren, weil die handwerklich-technische Komponente des Prothesenbaues den Heilauftrag überwiege⁶.

3. *Ansicht des Bundesgerichtes*

Das Bundesgericht zerlegt die Arbeit des Zahnarztes, der eine Prothese oder Brücke anbringt, in einen werkvertragsrechtlichen und in einen auftragsrechtlichen Bestandteil. Es qualifiziert diesen Vertrag als gemischten Vertrag⁷.

II. **Subsumtionsprobleme**

1. *Gesetzliche Ausgangslage*

Art. 394 II OR:

“Verträge über Arbeitsleistungen, die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag.”

⁵ vgl. A. Keller, S. 354, vgl. Gautschi Werkvertrag Vorbemerkungen zu Art. 363–379 OR N 6

⁶ NJW 1967 Heft 33 S. 1512

⁷ BGE 61 II 111 ff.

Durch diese Bestimmung wird der einfache Auftrag zu einem subsidiären Sammelbecken aller Verträge, welche nicht als Arbeitsvertrag oder Werkvertrag qualifiziert werden können. Der Gesetzgeber schuf ohne Zweifel mit dieser Bestimmung einen *numerus clausus*. Gilt dieser *numerus clausus* absolut? Der Sinn und Zweck eines solchen *numerus clausus* besteht m.E. darin, dass Verträge über Arbeitsleistungen innerhalb der vom OR gesetzten Normen geregelt werden, um so dem Schutz der schwächeren Partei gerecht werden zu können, da jedermann, um seinen Lebensunterhalt zu verdienen, auf die Erbringung von Arbeitsleistungen angewiesen ist. Ist es aber mit der *ratio legis* verträglich, wenn man wie Gautschi⁸ daraus folgern würde, dass Mischtypen nur schwer mit dem Art. 394 II OR zu vereinbaren sind? M.E. ist diese Ansicht abzulehnen. Sicherlich können nicht wahllos Verträge *sui generis* über Arbeitsleistungen abgeschlossen werden. Doch wird der Vielfalt der Beziehung in der Arbeitswelt nicht Rechnung getragen, wenn man nur der grammatischen Gesetzesauslegung folgt. Nach teleologischer Auslegung muss der Zweck eines solchen *numerus clausus* vielmehr darin bestehen, den Schutz der Parteien besser zu gewährleisten. Dies wird aber gerade mit der von Gautschi vertretenen Ansicht verhindert, indem grundsätzlich ein Arbeitsverhältnis, das unter die verschiedenen gesetzlichen Vertragsregelungen subsumiert werden kann, gänzlich dem Auftragsrecht unterstellt wird. Dadurch wird dem individuellen Charakter einer Vertragsbeziehung, aufgrund einer ausschliesslich grammatischen Gesetzesauslegung, nicht entsprechend dem Schutzbedürfnis der Parteien Rechnung getragen. Ein gemischter Vertrag ist mit der *ratio legis* zu vereinbaren, da keine neuen, gesetzlich nicht geregelte Typenelemente entstehen. Ein solcher Vertrag setzt sich lediglich aus zwei gesetzlich geregelten Vertragstypen zusammen. So begründete Kommissionsreferent Huber vor dem Ständerat den Gesetzesentwurf des Art. 394 II OR unter anderem mit der Bemerkung: "Der Auftrag des Entwurfes hat also eine subsidiäre Bedeutung, insofern, als ein Vertrag über die Arbeitsleistung, der weder Dienst-, und Werkvertrag ist, als Auftrag behandelt wird⁹." Aus dieser Äusserung darf nicht der Schluss gezogen werden, dass die Bildung von gemischten Verträgen untersagt werden wollte. Huber sagte nur, dass ein Vertrag, der weder unter das Arbeitsvertrags-, noch unter das Werkvertragsrecht subsumiert werden kann, dem Auftragsrecht zu unterstellen sei, nicht aber, dass ein Vertrag mit werkvertraglichen und auftragsrechtlichen Bestandteilen ausschliesslich dem Recht des einfachen Auftrages unterliegt. M.E. muss also die Bildung gemischter Verträge, die sich aus gesetzlich geregelten Typenelementen zusammensetzen, gestattet werden, um der Klarheit und somit letztlich auch dem Schutz der Parteien Genüge leisten zu können, was sich wiederum mit dem Zweck von Art. 394 II OR deckt.

8 Gautschi, Werkvertrag Vorbemerkungen zu Art. 363–379 OR N 7

9 StenBull 1910 S. 229

2. *Subsumtionskriterien mit Bezug auf den Auftrag*

Ein Teil der Lehre¹⁰ stellt sich auf den Standpunkt, dass der handwerkliche Zahnheilvertrag als einfacher Auftrag anzusehen sei¹¹, da zahnärztliche Leistungen grundsätzlich Dienste besonderer Art sind, die auf zahnärztlich-wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhen¹².

In einem Urteil des Landesgerichtes Offenburg¹³ wird die Ansicht vertreten, "dass eine solche ärztliche Tätigkeit eine echte Heilbehandlung darstellt, bei der die Bemühungen des Arztes als solche, wie bei den Heilbehandlungen im allgemeinen im Vordergrund stehen. Die blossе Anfertigung eines genau sitzenden und funktionierenden Gebisses ist auch heute noch eine recht schwierige Arbeit. Das ist auch jedem Patienten bekannt. Es würde daher der wahren Interessenlage nicht gerecht, die Übernahme einer Erfolgsgarantie durch den behandelnden Arzt aufzunehmen"¹⁴.

Alle diese Meinungen begründen ihre Ansicht mit der primären und obersten Zielsetzung des Arztes schlechthin, nämlich der Heilbehandlung. Die technischen Ausführungen haben als untergeordnete Beiträge hinter dem Ziel der Heilung des Patienten zurückzutreten. Sie sind bloss Mittel zum Zweck, die gestörte Kaufunktion wiederherzustellen oder Krankheiten zu bekämpfen. Selbstverständlich kann für eine Heilbehandlung demnach auch keine Erfolgsgarantie übernommen werden, was gänzlich der Rechtfertigung einer Subsumtion dieses Vertrages unter den Auftrag dient.

3. *Subsumtionskriterien mit Bezug auf den Werkvertrag*

Unter "Werk" werden Arbeiten, welche sich durch das "Kriterium der Körperlichkeit des Arbeitssubstrates"¹⁵ auszeichnen, verstanden. Prothesen, Brücken, Plom-

10 Was diesbezüglich in der Schweiz dem Auftragsrecht unterstellt wird, ist im deutschen Recht dem Dienstvertrag zugeordnet, da dem deutschen Auftragsrecht nur unentgeltliche Dienste subsumiert werden dürfen. Obwohl diese beiden Vertragsarten sich nicht decken, hat dies für die hier zu entscheidenden Fragen, ob Auftragsrecht oder Werkvertragsrecht zur Anwendung gelangen, keine Bedeutung.

11 A. Keller, S. 354; Gautschi, einfacher Auftrag, Art. 394 N 40b; Venter S. 17

12 Döring, NJW 1959 Heft 18 S. 817: "... die Annahme eines Dienstvertrages trägt der Tatsache gebührend Rechnung, dass die Zahnärzte keine Gewerbetreibenden sind, sondern die Heilkunde ausüben und damit eine öffentliche Aufgabe innerhalb der Gesundheitspflege erfüllen."

13 LG Offenburg, Urteil vom 26. August 1958-I S. 51–58, publiziert in NJW 1959 Heft 18, S. 817.

14 Siehe auch LG Oldenburg. Urteil vom 20. September 1961-4 S. 160/60, publiziert in MDR 1962/2, S. 129, Urteil des BGH vom 9. Dezember 1974, publiziert in Vers.R 1975 Heft 15, S. 347: der Bundesgerichtshof anerkennt hier ein Gewährleistungsrecht aus dem Werkvertrag, soweit eine spezielle ärztliche Heilbehandlung nicht vorliegt, sondern es sich nur um die technische Anfertigung der Prothese handelt.

15 von Büren, Besonderer Teil, S. 126

ben usw. werden als körperliches Arbeitsresultat ebenfalls von einem solchen Werksbegriff erfasst¹⁶, was an sich auch von den Vertretern der Ansicht, dass dieses Vertragsverhältnis unter das Auftragsrecht zu subsumieren sei, nicht bestritten wird¹⁷.

Beim Werkvertrag ist die Herstellung eines Werkes, das Arbeitsresultat, massgebend, im Gegensatz zum Auftrag, bei welchem die Arbeitsleistung zählt. In unserem Falle will der Patient vom Zahnarzt z.B. eine gut sitzende und passende Prothese als Arbeitsresultat erhalten. Die Vertreter dieser Ansicht argumentieren folgendermassen: "Bei der zahnprothetischen Behandlung ist zwischen der reinen ärztlichen Tätigkeit (z.B. Vorbereitung des Kiefers und der Mundhöhle für den Einsatz einer Brücke) und der Anfertigung der Prothese zu unterscheiden. Beide Tätigkeiten stehen dabei in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis, da die erste zumeist die notwendige Vorbehandlung zur Durchführung der zweiten darstellt ... Der eigentliche Leistungsgegenstand eines zahnprothetischen Behandlungsvertrages ist nämlich die Herstellung einer Prothese, die die Kaufähigkeit wieder ermöglichen soll. Daraus wiederum ergibt sich, dass in einem solchen Falle vom Zahnarzt nicht nur seine medizinische Tätigkeit als solche, sondern gerade der Erfolg seiner Tätigkeit gegenüber dem Patienten geschuldet wird. Dieser erwartet schliesslich, eine seinen Mund- und Kieferverhältnissen entsprechende Prothese, die funktioniert und nicht entstellend wirkt, eingesetzt zu bekommen¹⁸."

Der Erfolg, also die Herbeiführung eines fachgerechten Arbeitsergebnisses, macht das Wesen eines solchen Vertrages aus und nicht die vorbereitenden Behandlungen. Hier steht nicht die Heilbehandlung wie beim Auftrag sondern der Erfolg, das Werk im Vordergrund. Dies führt konsequenterweise dazu, den handwerklichen Zahnheilvertrag volumfänglich dem Werkvertragsrecht zu unterstellen (Art. 363 ff. OR)¹⁹.

III. Rechtstheoretische und dogmatische Subsumtionskriterien aufgrund einer kritischen Analyse

I. Kritik an der Theorie der Hauptleistung des Heilungsauftrages

Das Resultat einer zahnärztlichen Leistung ist in diesem Spezialfall immer eine körperliche Sache. Wird nun aber der handwerkliche Zahnheilvertrag ganz dem Auftragsrecht unterstellt, so entfällt zugunsten des Zahnarztes eine Erfolgshaftung für sein von ihm geschaffenes Werk. Diese Erfolgshaftung in bezug auf das Werk wäre aber m.E. notwendig, da nicht zu verstehen ist, weshalb der Zahnarzt für sein hand-

¹⁶ siehe auch Guhl/Merz/Kummer, S. 443 f.

¹⁷ Gautschi, Werkvertrag, Vorbemerkungen zu Art. 363–379 OR N 6

¹⁸ NJW 1967 Heft 33, S. 1513

¹⁹ Palandt, Einführung von § 611, Anmerkung 2abb; LG Hamburg, MDR 1969, S. 574; AG Bremerhaven, MDR 1966, S. 410

werklich-technisches Werk nicht den Erfolg garantieren kann, wie jeder andere Handwerker und Gewerbetreibende²⁰.

Da eine Sorgfaltspflichtverletzung eine Nichterfüllung der Auftragspflicht darstellt, besteht kein klagbarer Anspruch des Geschädigten auf Realerfüllung. Wenn aber kein Anspruch auf Realerfüllung besteht, entfällt auch der Anspruch auf nachträgliche Erfüllung²¹. Daher verwandelt sich die nicht erfüllte Schuld in einen Schadenersatzanspruch, was sich gerade bei Arbeiten an körperlichen Sachen, welche vielfach durch eine Nachbesserung in Ordnung gebracht werden können, als für den Zahnarzt nachteilig erwies. Diese Möglichkeit entfällt in diesem Falle aber, und der Zahnarzt kann seinen Fehler oder sein Versäumnis nurmehr durch Schadenersatz abgelden.

2. *Kritik an der Theorie der alleinigen Hauptleistung des Werkes im Sinne des Werkvertrages*

Die Herstellung und das Einsetzen einer Prothese, die eine ungestörte Kaufunktion wiederherstellen sollte, kann und muss als Herstellung eines Werkes dem Werkvertragsrecht unterstellt werden. Wenn nun aber das ganze Vertragsverhältnis dem Werkvertragsrecht nach Art. 363 ff. OR unterstellt wird, leistet man m.E. ebenso dem individuellen Charakter eines solchen Zahnarztvertrages nicht Genüge. Der Zahnarzt kann nicht den Erfolg einer Heilung garantieren, für welche er alles in seiner Macht stehende getan hat, aber an eventuellen unverschuldeten, körperlichen Unvorsehbarkeiten des Patienten gescheitert ist. Eine solche Erfolgsgarantie darf und kann nicht vernünftigerweise von einem Zahnarzt verlangt werden. Dies wird aber erreicht, wenn das Vertragsverhältnis als Ganzes dem Werkvertragsrecht unterstellt wird. Das Resultat ist m.E. unbillig und zu verwerfen.

§ 4 Lösung: *Der handwerkliche Zahnheilvertrag als gemischter Vertrag*

Im vielzitierten Entscheid des Bundesgerichtes²² wurde der handwerkliche Zahnheilvertrag in einen auftrags- und einen werkvertragsrechtlichen Teil gegliedert. Dies

20 vgl. Roesch, S. 13: "Wer sich in zahnprothetische Behandlung begibt, erwartet – und kann erwarten –, dass der Zahnarzt für ihn eine funktionierende, ihn kosmetisch nicht entstellende, mund- und kiefergerechte Prothese, die auch einen einwandfreien Aufbiss gewährleistet, herstellt oder herstellen lässt und ihm diese Prothese auch so einpasst, dass sie den erwähnten Anforderungen genügt. Mit anderen Worten also, er erwartet einen ganz bestimmten Erfolg. Das aber ist das typische Charakteristikum des Werkvertrages."

21 ebenso Gautschi, einfacher Auftrag, Art. 398 N 26a

22 BGE 61 II 111 ff.

deshalb, weil der Zahnarzt den Kunstfehler beging, vor dem Aufsetzen der Kronen sich nicht über den Gesundheitszustand der Zähne zu vergewissern. Damit beging der Zahnarzt eine Sorgfaltspflichtverletzung innerhalb seines zahnärztlichen Heilungsauftrages. Die reinen, eigentlichen Zahnbehandlungsmassnahmen werden hier immer dem Auftragsrecht nach Art. 394 ff. OR unterstellt. Darunter sind zu verstehen z.B. die Entfernung von Abszessen, die Heilung von Wunden, Wurzelbehandlungen usw.

Ein zusätzlicher Fehler des obgenannten Zahnarztes war die unrichtige Verankerung der Kronen, welche den zu erwartenden Erfolg ausstehen liess. Dieser Teil wurde vom Bundesgericht dem Werkvertragsrecht unterstellt. Generell müssen demnach alle prothetischen Massnahmen dem Werkvertragsrecht unterstellt werden. Unter die prothetischen Massnahmen sind sämtliche Handlungen zu reihen, beginnend mit der Prothesenplanung, dem Anfertigen von Abgüssen des Kiefers, bis zur Einpassung der Prothese, inklusive etwaige Nachanpassungen und Verbesserungen. Somit schuf das Bundesgericht diesbezüglich ein gemischtes Vertragsverhältnis, welches aus den oben erwähnten Gründen den Parteien in jeder Beziehung am gerechtesten wird. Auf diese Weise werden m.E. die Interessen sowohl des Zahnarztes als auch des Patienten am besten gewahrt²³, was aber nicht unumstritten ist²⁴.

2. Abschnitt: Voraussetzungen der Haftung des Zahnarztes aus Vertrag

1. Kapitel: Sachliche Voraussetzungen

§ 1 Vertrag

I. Einfacher Auftrag

1. Begriff

Art. 394 I OR:

“Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.”

Der Beauftragte, in unserem Falle der Zahnarzt, verpflichtet sich, die vertraglich übernommenen Dienstleistungen “im Interesse und nach dem Willen des Auftraggebers”²⁵ zu erfüllen. Der einfache Auftrag kann jede beliebige persönliche Hand-

23 u.a. Roesch, S. 15

24 u.a. A. Keller, S. 354, Gautschi, einfacher Auftrag Art. 394 N 40b

25 Guhl/Merz/Kummer S. 459

lung zum Inhalt haben, vorausgesetzt, dass die Dienstleistung nicht den Tatbestand einer anderen Art von Arbeitsverträgen, einer besonderen Auftragsart, einen Vertrag sui generis erfüllt oder dass es sich nicht um eine Dienstleistung aus gesetzlicher Verpflichtung handelt²⁶. In vielen Fällen untersteht das Vertragsverhältnis Zahnarzt – Patient dem Auftragsrecht nach Art. 394–406 OR, da der Zahnarzt ausschliesslich eine Heilbehandlung vorzunehmen hat, bei welcher weder die Zeit der Heilungsdauer, noch der Erfolg der Heilung, sondern die Behandlung zur Genesung des Patienten die Hauptleistung des beauftragten Zahnarztes bildet²⁷.

2. *Entstehung*

2.1. *Voraussetzung*

Nach Art. 1 OR braucht es zum Abschluss eines Vertrages “die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien”. Im Moment, da sich der Zahnarzt bereit erklärt, den sich an ihn wendenden Patienten zu empfangen, zu untersuchen, zu behandeln, zu beraten usw., ist der Vertrag gültig zwischen den Parteien zustandegekommen²⁸.

2.2. *Formfreiheit*

Der Austausch von Antrag und Annahme der Offerte kann ohne an eine bestimmte Form gebunden zu sein erfolgen²⁹. So wird meistens der Vertrag durch konkludentes Verhalten geschlossen, indem sich der Patient auf den Behandlungsstuhl setzt, und der Zahnarzt mit den dentistischen Massnahmen beginnt³⁰.

2.3. *Grundsatz der Kontrahierungsfreiheit*

Der Zahnarzt ist grundsätzlich frei, einen Patienten zu behandeln oder nicht. Eine Ausnahme besteht in Notfällen, mit welchen der Zahnarzt in beschränktem Masse konfrontiert wird. Bei Notfällen ist der Zahnarzt verpflichtet, die entsprechenden dringendsten Massnahmen unverzüglich anzuordnen³¹.

26 Guhl/Merz/Kummer a.a.O.

27 vgl. Albino Ferrari, S. 19, vgl. S. 21 ff.

28 vgl. Ott, S. 25

29 von Büren, Besonderer Teil, S. 127

30 Richard, S. 60

31 Art. 18 zürcherisches Einführungsgesetz zum StGB vom 6. Juli 1941

3. *Wirkungen*

Nach Art. 396 I OR richtet sich der Umfang des Auftrages, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt wurde, nach der Natur des zu besorgenden Geschäftes. In seltenen Fällen wird der Zahnarzt vom Patienten seine Aufgabe genau umschrieben erhalten³². Nach der Natur des Zahnarzt-Patienten-Vertrages kann grundsätzlich festgehalten werden, dass immer eine prophylaktische oder eine heilende Behandlung vorgenommen werden muss.

3.1. *Pflichten des Zahnarztes*³³

3.1.1. *Ermittlung des Auftragsumfanges*

Der Zahnarzt hat als erstes die Pflicht, den Umfang des Auftrages abzuklären, da er in den wenigsten Fällen seine Aufgabe vom Patienten genau umschrieben erhält. Dies folgt unmittelbar aus der Sorgfalts- und Treupflicht des Zahnarztes (Art. 398 II OR).

Der Umfang des Arbeitsauftrages ist entweder durch das Interesse des Patienten an der Heilung oder an der Vorbeugung der Erkrankung bestimmt, niemals darf aber der Umfang sich nach dem Interesse des Gelderwerbes ausrichten. Letztlich werden die Grenzen des Zahnarzauftrages dem Behandler durch den Patienten selbst gesetzt. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten bildet eine unüberwindliche Schranke für jeden Dentisten. Es ist ein direkter Ausfluss des Persönlichkeitsrechtes³⁴, wonach keine Handlungen entgegen dem ausdrücklichen Willen des Patienten vorgenommen werden dürfen³⁵. Diese Schranke gilt m.E. absolut³⁶. Es gehört zum unveräusserlichen Recht eines jeden urteilsfähigen Menschen, dass er die Freiheit behält, z.B. seinem eigenen Leben durch ausdrückliche Verweigerung einer ärztlichen Nothilfe ein Ende zu bereiten. Zur Freiheit des Menschen gehört somit im Extremfall die Möglichkeit, die eigene Todeszeit selbst zu bestimmen, aus welchen Motiven dieser Schritt erfolgt, ist für Dritte irrelevant. Der Wille des urteilsfähigen Patienten ist demnach auch für den Zahnarzt absolute Schranke. Damit der Patient sein Persönlichkeitsrecht ausüben kann, muss ihm aber die Möglichkeit gewährt werden, zu jeder zahnärztlichen Behandlung seine ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung zu erteilen.

(Eine Ausnahme von diesem Grundsatz liegt beim urteilunfähigen oder bewussten Patienten vor.) Um eine rechtsgültige Zustimmung erteilen zu können, bedarf es einer Aufklärung durch den Zahnarzt.

32 vgl. Gautschi: einfacher Auftrag Art. 396 N 2a ff.

33 zur Pflichteneinteilung des Arztes siehe auch Ott, S. 26 ff.

34 Art. 27 und 28 ZGB

35 vgl. Bucher, S. 52 ff.

36 a.M. Gross, S. 134 ff. und 137, Ott, S. 28 ff.

3.1.2. Aufklärungspflicht

Da sich die Aufklärungspflicht des Arztes mit derjenigen des Zahnarztes weitgehend deckt, wird auf die diesbezügliche Literatur verwiesen³⁷.

3.1.2.1. Inhalt der Aufklärung³⁸

Die Aufklärungspflicht ist die Voraussetzung zu einer wirksamen Einwilligung des Patienten. Nur wer die sachlichen Voraussetzungen kennt, kann in eine entsprechende Behandlung einwilligen³⁹. Die Aufklärungspflicht ist eine Konsequenz des Treueverhältnisses (Art. 398 II OR)⁴⁰ zwischen dem Dentisten und dem Auftraggeber. Sie erstreckt sich auf⁴¹:

a. den gegenwärtigen Zustand

Der Zahnarzt muss seine Meinung über den Zustand der Zähne, des Kiefers usw. dem Patienten mitteilen, wie er diese im Moment der Untersuchung antrifft.

b. Aussichten

Der Patient hat ein Recht, die Ansicht des Beauftragten über etwaige Erfolgsaussichten bei Unterlassung und Vornahme einer Behandlung zu erfahren. Diese Meinungskundgabe erfasst auch das Aufzeigen evtl. Nachteile einer vorzunehmenden Behandlung.

c. Behandlung

Wie schon aufgezeigt, gehört es zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten, dass er über seine Heilung selbst befinden kann. Voraussetzung ist eine offene Darlegung der Behandlungsmöglichkeiten mit allen Vor- und Nachteilen durch den Zahnarzt.

37 vgl. die Literaturangaben bei Perret, S. 9 und Laufs, S. 32

38 beachte hierzu das von E. Schmidt für den 44. deutschen Juristentag verfasste Gutachten

39 Bucher, S. 194

40 Bucher, S. 193

41 W. und H. Vogel ZVWiss. 1979, S. 606, sprechen von leidens- und handlungsbezogener Aufklärung, was aber letztlich zum selben Resultat führt.

3.1.2.2. *Umfang der Aufklärungspflicht*⁴²

Er bestimmt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles, wobei aber die nachfolgenden Ausführungen zur Ermittlung konkreter Anhaltspunkte beitragen sollen.

a. Art der möglichen Folgen

Massgebend ist, ob ein bleibender Schaden oder nur ein vorübergehendes Unwohlsein sich einstellen kann. Gibt der Zahnarzt ein Medikament ab, so hat er dem Patienten auch allfällige Nebenwirkungen wie z.B. die Fahruntüchtigkeit mitzuteilen, verursacht dieses aber lediglich vorübergehende leichte Kopfschmerzen, so kann er eine diesbezügliche Erwähnung unterlassen.

b. Wahrscheinlichkeit des Eintrittes der möglichen Folgen

Hier sind nicht alleine nur diesbezügliche Angaben zu machen, wenn solche überhaupt möglich sind, sondern der Zahnarzt hat auch die konkrete Situation des zu Behandelnden in Betracht zu ziehen (Krankengeschichte, Lebenswandel, psychische und physische Resistenz usw.).

c. Verhältnis von Risiko des Eintrittes der möglichen Folgen und der Notwendigkeit des Heileingriffes

Die viel zitierte Schönheitsoperation (z.B. Prognathie-, Progenieoperationen) kann m.E. kaum eine bleibende Schädigung im Munde rechtfertigen, vielmehr muss der zu behandelnde Patient über seine Risikobereitschaft im Verhältnis zur Notwendigkeit des chirurgischen Eingriffes vollumfänglich aufgeklärt werden.

3.1.2.3. *Grenzen der Aufklärungspflicht*

Aus der Treuepflicht resultierend hat der Zahnarzt die Pflicht, seinen Patienten grundsätzlich vollumfänglich aufzuklären.

A. Einschränkungen der Aufklärungspflicht

Eher selten wird der Zahnarzt in die Situation versetzt sein, seinem Auftraggeber die Aufklärung verweigern zu dürfen. Der Fall "der Notlüge" wird nicht oft eintreten, da der freipraktizierende Zahnarzt in den meisten Fällen mit keinen lebensbedrohenden Eingriffen oder Krankheiten konfrontiert wird. Dies wird immer dann

42 vgl. Laufs, S. 37

der Fall sein, wenn sich mittels einer "Notlüge" eine grössere Heilungswahrscheinlichkeit für den Patienten ergibt. Zu denken wäre hier an Krebs, wobei aber zu beachten bleibt, dass vom Zahnarzt stets als massgebendes Entscheidungskriterium die individuelle Persönlichkeit des Patienten zu berücksichtigen ist. Dieses "Recht zur Notlüge" sollte aber m.E. im Zweifelsfalle zugunsten des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten eher in einem restriktiven Sinne Verwendung finden⁴³.

B. Wegfall der Aufklärungspflicht

A.A. Gefahr im Verzug

Zu dieser Situation gibt Ritter ein erläuterndes Beispiel:

"Gedacht sei an einen bewusstlosen Unfall-Patienten, dessen Zähne so durch den Unfall gelockert wurden, dass diese zum Kauen oder als Brückenpfeiler nicht mehr gebrauchsfähig sind. Der bewusstlose Patient kann seine Zustimmung nicht geben, therapeutische Indikation ist jedoch vorhanden⁴⁴."

In diesem Falle, da dem Zahnarzt das mutmassliche Heil seines Verunfallten im Vordergrund stehen muss, hat er das seiner Ansicht nach Notwendige ohne vorherige Aufklärung des Patienten, aber mit dessen mutmasslicher Einwilligung vorzunehmen⁴⁵.

B.B. Verzicht auf Aufklärung

Der Patient kann auf eine Aufklärung verzichten wollen. Diesfalls sollte sich der Zahnarzt den Verzicht ausdrücklich und womöglich schriftlich versichern lassen, denn in einem Streitfalle trägt der Zahnarzt die Last des Beweises für den erklärten Verzicht der Aufklärung des Patienten⁴⁶.

C.C. Allgemeinbekanntes Behandlungsrisiko

Jeder durchschnittlich vernünftige Patient weiss, dass keine zahnärztliche Behandlung 100% gefahrlos und ohne Risiko für seine Gesundheit ist⁴⁷. Zum Umfang des allgemein bekannten Behandlungsrisikos dienen zwei veranschaulichende Ansichten.

43 vgl. Ott, S. 34 f.

44 Ritter, P., S. 2

45 vgl. S. 53 ff.

46 vgl. S. 88 ff.

47 vgl. Künnell, S. 502: "Eine Aufklärung über mögliche schädliche Folgen einer Operation oder Heilbehandlung (z.B. Elektroschockbehandlung) ist nicht erforderlich, wenn Schäden nur in äusserst seltenen Fällen auftreten und anzunehmen sind, dass sie bei einem verständigen Patienten, in die Behandlung einwilligen, nicht ernsthaft ins Gewicht fallen."

Das OLG Frankfurt⁴⁸ befand es als allgemein bekannt, dass bei operativer Entfernung des Weisheitszahnes nicht unerhebliche Schmerzen, Schwellungen und Kiefer-sperre eintreten können.

Ähnlich äussert sich das LG Krefeld⁴⁹, wonach bei der "Routinemassnahme", wie der Leitungsanästhesie, eine Aufklärung über die möglichen Folgen nicht für notwendig erachtet wurde, da es die schonendste Betäubungsart sei, welche allgemein bekannt und üblich ist. Demnach dürfen viele zahnärztliche Tätigkeiten, als ein allgemein bekanntes Behandlungsrisiko beinhaltend, einer Aufklärung durch den Zahnarzt entsagen.

Doch ist im Zweifelsfalle m.E. dieser Aufklärungs-Ausschlussgrund eher restriktiv zu interpretieren, da sich sonst der Zahnarzt allzu leicht bei unterlassener Aufklärung auf das allgemein bekannte Behandlungsrisiko berufen würde. Nach meinem Wissen hatte bis anhin das Bundesgericht (lt. amtlicher Entscheidsammlung) noch keine Verletzung der zahnärztlichen Aufklärungspflicht zu beurteilen.

3.1.2.4. Aufklärungspflicht zu Prophylaxemassnahmen?

Hat der Zahnarzt während einer Behandlung seines Patienten auf die Notwendigkeit einer genügenden Mundhygiene aufmerksam zu machen? Die Frage stellt sich deshalb, weil heute mit geeigneten Prophylaxemassnahmen Parodontose- und Karies-Schäden weitgehend ausgeschlossen werden können. M.E. umfasst die Aufklärungspflicht als Ausfluss der Sorgfaltspflicht auch Aufklärung und Information über ein geeignetes, Zahnschäden vermeidendes, notwendiges Verhalten des Patienten, da ein Vertrag zwischen den Parteien zum Zwecke der Heilung geschlossen wird. Der Heilungsauftrag muss beim Zahnarzt aber auch als ein Auftrag zur Aufklärung über Prophylaxemassnahmen verstanden werden, da der Patient in den allermeisten Fällen dem Zahnarzt keine konkreten Behandlungsanweisungen gibt, sondern von ihm die Heilung seines Leidens verlangt. Dies umfasst m.E. auch den Hinweis, welcher die Ursache des Leidens nennt. Somit bedingt die Aufklärungspflicht des Zahnarztes auch eine Stellungnahme zur vorgenommenen Mundpflege des Patienten mit allfälligen Verbesserungsvorschlägen.

3.1.3. Einwilligung des Patienten

Aufgrund der heute noch herrschenden Lehre, wonach jeder ärztliche Eingriff eine Körperverletzung im Sinne des StGB darstellt, bedarf es zur Rechtfertigung der

48 Urteil vom 3. September 1979

49 Urteil vom 19. Juni 1979

Körperverletzung immer der Einwilligung durch den Patienten⁵⁰. Dies ist notwendig, "um den Zahnarzt vor Bestrafung zu schützen, ferner vor dem Ersatz eines durch einen kunstgerecht durchgeführten Eingriff schicksalsgemäss entstandenen Schadens, zu dem er mangels Einwilligung des Patienten verpflichtet wäre⁵¹."

Die Einwilligung des Patienten ist rechtsgeschäftlicher Natur⁵². Sie ist an keine gesetzlich vorgeschriebene Form gebunden⁵³. Diese kann auch jederzeit widerrufen werden, was eine Folge des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten ist.

Urteilsfähige, unmündige Personen können ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters Rechte, worunter auch die Persönlichkeitsrechte des Art. 28 ZGB fallen, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen, ausüben⁵⁴. Es wäre ja unsinnig, eine an sich notwendige Zahnextraktion bei einem 19-jährigen Patienten von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abhängig zu machen⁵⁵. Die Grenze der Einwilligung findet sich da, wo diese als unzulässig, also als widerrechtlich oder unsittlich beurteilt werden muss. Nach M. Keller⁵⁶ bedarf es zur Abklärung einer unsittlichen Einwilligung (in die Verletzung der körperlichen Integrität) der Untersuchung, ob ein erheblicher oder unerheblicher Eingriff vorgenommen wurde. Ein unerheblicher Eingriff liegt vor, wenn der Patient eine zeitlich kurz beschränkte Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens zu ertragen hat, was z.B. regelmässig bei prophylaktischen Zahnbehandlungen durch eine Dentalhygienikerin der Fall ist. Bei erheblichen Eingriffen gilt eine Einwilligung als zulässig, wenn dafür ein vernünftiger Grund geltend gemacht werden kann. Ein solcher liegt dann vor, wenn eine Behandlung im gesundheitlichen Interesse des Patienten erfolgt. Ein Verstoss gegen die guten Sitten findet sich bei einer zahnärztlichen Behandlung, welche ohne vernünftigen Grund vorgenommen wird. So erblickte die deutsche Rechtsprechung in der Zustimmung des Auftraggebers zu einer falschen Behandlung eine Unsittlichkeit. Das OLG Kolmar hat in der Handlungsweise eines Dentisten einen Verstoss gegen die guten Sitten gesehen, als dieser einer Frau auf Wunsch 22 Zähne gezogen hatte, weil die Frau anstelle der bisherigen grossen, aber in der Mehrzahl völlig gesunden Zähne, kleine weisse haben wollte⁵⁷. Die Unsittlichkeit lag darin, dass auch die Ziehung der Frontzähne zur Erreichung des Zieles genügt hätte.

50 vgl. Loeffler, S. 14 ff., Ott, S. 30 ff.

51 Venter, S. 18 (forensische Zahnmedizin)

52 Lotz, BJM 1968, S. 114

53 sie kann demnach ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen

54 ebenso Giessen, S. 14, Bucher, S. 140

55 vgl. König, S. 27, Ott, S. 30

56 M. Keller, Tafel 49

57 Urteil vom 20. April 1916, zitiert bei König, S. 25

3.1.4. Diagnosestellung

Nach der Rechtsprechung⁵⁸ gibt es keine festen Regeln, nach denen sich der Zahnarzt bei der Stellung der Diagnose zu richten hat. Das Bundesgericht fordert nur, dass diese sorgfältig und gewissenhaft durchgeführt wird. Deschenaux⁵⁹ stellt folgende durchzuführende Massnahmen für den Arzt auf, welche m.E. auch für den Zahnarzt vollumfängliche Geltung beanspruchen:

- a. Aufnahme einer vollständigen Anamnese
- b. Forschung durch persönliche und direkte Beobachtungen nach den die Krankheitssymptome hervorrufoenden Ursachen.
- c. Durchführung der üblichen und notwendigen Untersuchungsmassnahmen.

Neumann⁶⁰ beschreibt einen sehr seltenen Fall von doppelseitiger Trigeminusneuralgie, der zu schweren diagnostischen Irrtümern geführt hatte, weil im entsprechenden Mundbereiche keine Plattenaufnahme zur Sicherstellung der Diagnose gemacht worden war und nur diese die Gesamtübersicht über den Kiefer geben kann:

“Patientin wird mir im Fortbildungskurs überwiesen zur Entfernung einer frakturierten Wurzel im Unterkiefer links und eines verlagerten Prämolaren hinter der Wurzel liegend. Die Patientin klagte seit Jahren über beiderseitige neuralgische Schmerzen im Gesicht, besonders auch in den Ohren. Der Ohrenarzt hat nach Untersuchung der Ohren nichts Krankhaftes feststellen können und überwies die Patientin dem Zahnarzt. Letzterer entfernte vorhandene Zähne in der Annahme, dass sie die Ursache für die Neuralgie seien ... Durch exakte röntgenologische Untersuchung war es nun geglückt, eindeutig die Ursache für die Beschwerden und den sicheren Operationsweg für die Extraktion der Zähne festzulegen und somit eine Heilung der Trigeminusneuralgie herbeizuführen. Bei rechtzeitiger klarer Diagnose hätte die Patientin den Verlust der Zähne nicht zu beklagen und wäre von langen quälenden Schmerzen verschont geblieben⁶¹.”

Durch diesen Fall wird einem die Bedeutung und zugleich auch die Schwierigkeit der richtigen Diagnosestellung bewusst. Mit Sicherheit kann heute davon ausgegangen werden, “dass die Untersuchung eines Patienten ohne Röntgenstatus als unvollständig angesehen werden muss ... Durch einen Röntgenstatus können viele Fehldiagnosen und Fehlbehandlungen vermieden werden”⁶².

Liegt keine Sorgfaltspflichtverletzung des Zahnarztes bei Diagnosestellungen vor und kann er dies beweisen, so bringt ein Irrtum in der Diagnose keine Schadenersatz-

58 BGE 64 II 205, BGE 67 I 326

59 Deschenaux SÄZ 1977, S. 81

60 Neumann, S. 7

61 Neumann, S. 10

62 Karsten, S. 144

pflicht des Zahnarztes⁶³. Erkennt ein Zahnarzt oder müsste er bei genügender Sorgfalt erkennen, dass seine für den individuellen Fall notwendigen Spezialkenntnisse ungenügend sind, so hat er die Pflicht, den Patienten, in Notfällen ausgenommen⁶⁴, an einen hierzu kompetenten Kollegen zu verweisen⁶⁵.

3.1.5. *Wahl der Therapie*

Jeder Patient ist ein Individuum mit psychischen und physischen Eigenheiten; deshalb muss die Wahl der Therapie dem Zahnarzt überlassen werden.

Schon König vertrat die Ansicht: "Für jede Erkrankung gibt es meist nicht nur eine einzige Therapie, sondern eine Reihe von Möglichkeiten⁶⁶."

Trotzdem muss bei der Wahl das Sicherste, sowohl bezüglich der Risikovermeidung, als auch bezüglich des Heilungserfolges, gewählt werden, unter sorgfältiger Berücksichtigung des neuesten Standes der Erkenntnisse der zahnmedizinischen Wissenschaft, verbunden mit der entsprechenden spezifischen Krankheit und den individuellen Eigenschaften des Patienten. Keine Sorgfaltspflichtverletzung bei der Heilmethodewahl liegt z.B. nach Stark vor⁶⁷, wenn vor Verabreichung von Penicillin der Zahnarzt den Patienten nicht auf seine Penicillinverträglichkeit untersucht, sofern keine gegenteiligen Anzeichen für eine Überempfindlichkeit vorhanden sind. Demgegenüber bedeutet die Wahl von Medikamenten in Unkenntnis oder nur mangelhafter Kenntnis seiner Eigenschaften einen Verstoss gegen die elementarste Sorgfaltspflicht des Arztes⁶⁸. Dem Zahnarzt kann nicht zugemutet werden, dass er vor jeder Behandlung lange kostspielige Untersuchungen anstellen muss, sofern beim Patienten keine gegenteiligen Anzeichen vorhanden sind und die grösste Mehrheit der Patienten ein Medikament oder eine gewisse Heilmethode komplikationslos verträgt.

3.1.6. *Durchführung der Therapie*

Auch hier gibt es, wie schon bei der Wahl der Therapie, keine allgemein gültigen Gesetzesregeln, welche den Zahnarzt bei seiner Heilbehandlung leiten würden. Dennoch erwähne ich die von Deschenaux⁶⁹ aufgestellten Regeln, wonach bei deren

63 ebenso A. Keller, S. 351; Stark, Festschrift Schwarz, S. 51

64 vgl. A. Keller, S. 349

65 vgl. Ott, S. 41

66 König, S. 67

67 Stark, Festschrift Schwarz, S. 52

68 Stark, Festschrift Schwarz, S. 52

69 vgl. Deschenaux SÄZ 1977, S. 82

Nichtbeachtung eine Haftpflicht des Zahnarztes gegeben ist. Eine Sorgfaltspflichtverletzung liege vor⁷⁰:

- a. wenn der Zahnarzt keine prophylaktischen Massnahmen ergreift, obwohl sich solche wegen unklaren Krankheitssymptomen aufdrängen⁷¹;
- b. wenn das gewählte Heilverfahren anerkanntermassen im Widerspruch zu den Regeln der ärztlichen Wissenschaft steht;
- c. wenn mangelnde Sorgfalt vorliegt⁷²;
- d. wenn nicht "der sicherste Weg" bei der Durchführung der Therapie gewählt wird und der Patient somit unnötigen Gefahren ausgesetzt wird⁷³.

Der Zahnarzt, der sämtliche bekannten und möglichen Massnahmen angeordnet und dabei die nötige Sorgfalt angewandt hat, wird nicht haftpflichtig für den Nichteintritt des Behandlungserfolges.

3.1.7. *Rechenschaftspflicht*

3.1.7.1. *Pflicht zur Führung einer Krankengeschichte*

Die primäre Funktion einer Krankengeschichte besteht in der Gedankenstütze des Zahnarztes. Die sekundäre Funktion der Krankengeschichte liegt in der Beweissicherung. Art. 400 OR spricht von der Pflicht zur jederzeitigen Rechenschaftsablegung durch den Beauftragten⁷⁴. Diese Pflicht obliegt demnach jedem Arzt aus Vertrag, stellt also eine eigentliche Vertragspflicht⁷⁵ und nicht nur eine bloss Obliegenheit dar⁷⁶.

Wonach richtet sich der Umfang einer solchen Pflicht? Nach der von Guddat vertretenen Meinung umfasst er: "Alle anamnestisch festgestellten Erkrankungen sollten übersichtlich und zusammenhängend eingetragen werden, wie auch eventuell bestehende Medikamentenunverträglichkeit und sonstige Besonderheiten, worauf eine deutlich sichtbare Markierung (z.B. rotes Ausrufezeichen) hinter dem Patientenamen aufmerksam machen kann"⁷⁷.

70 vgl. Seite 74 ff.

71 BGE 57 II 206 (Arzt behandelte Pat. auf Angina, obwohl klare Symptome für Diphtherie vorlagen)

72 BGE 62 II 274 ff. (Medikamentenverwechslung)

73 BGE 53 II 406 (Röntgenapparat ohne Zinkfilter verursachte schwere Verbrennungen)

74 Gautschi, einfacher Auftrag, Art. 400 N 2b

75 vgl. Ott, S. 43

76 vgl. ZR 44 (1945) Nr. 160 S. 326 ff.: "... Die allgemeinen und anerkannten Regeln der Zahnheilkunde machen den Zahnärzten die Führung einer Krankengeschichte zur Pflicht." Beachte auch BGE 82 II 566: "Das materielle Recht, nach dem sich die Vorlegungspflicht des Beklagten bestimmt, kann nicht kantonales, sondern muss eidgenössisches Recht sein."

77 Guddat, S. 161

Eine solche Bestimmung ist m.E. zu wenig umfassend. Besser wird der Umfang der Krankengeschichte durch ein zürcherisches Obergerichtsurteil bestimmt: "Der Zahnarzt ist zur Führung einer Krankengeschichte verpflichtet, deren Umfang sich nach dem im einzelnen Falle Notwendigen bemisst. Es muss darin alles niedergelegt sein, was in späterer Zeit einem Fachmann eine einwandfreie Rekonstruktion des Krankheitsfalles ermöglicht⁷⁸."

Mit Sicherheit kann vom Arzt verlangt werden, dass er die Eintragungen über die Anamnese, Diagnose, Therapiewahl, Therapiedurchführung, Heilungsverlauf, individuelle Besonderheiten des Patienten in jeglicher Hinsicht und den Zustand des Auftraggebers im Zeitpunkt der Entlassung festhält.

3.1.7.2. Herausgabepflicht und/oder Einsichtsgewährungspflicht bezüglich der Krankenunterlagen des Zahnarztes?

Unter Krankenunterlagen werden Röntgenbilder, Elektrokardiogramme, Krankengeschichte, Operationsprotokolle usw. zusammengefasst, also sämtliche photographischen oder vorwiegend maschinellen Aufzeichnungen und die schriftlichen Gedankenäusserungen jeglicher Art, welche im Zusammenhang mit der Behandlung des Patienten durch den Arzt niedergeschrieben wurden.

A. Im Eigentum des Patienten befindliche Krankenunterlagen

Übergibt der Patient dem Zahnarzt zum Zwecke einer sachgemässen Behandlung medizinische Akten, so verpflichtet sich der Dentist, diese aufzubewahren und auf Verlangen dem Patienten zurückzugeben. Solche Akten bleiben im Eigentum des Patienten⁷⁹.

B. Im Eigentum des Zahnarztes befindliche Krankenunterlagen

Der Zahnarzt ist Eigentümer von den in seiner Praxis hergestellten Krankenunterlagen⁸⁰. An diesen Krankenunterlagen "ist der Patient nicht von vorneherein Eigentümer ... Seine Ansprüche können also nicht aus der Rechtsstellung eines Eigentümers fliessen, es kann sich vielmehr nur um Ansprüche auf Übereignung oder auf Vorlage durch Einsichtnahme handeln"⁸¹.

78 ZR 44 (1945) Nr. 160, S. 326

79 SJZ 48 (1952) Nr. 85, S. 226

80 Venter, Zahnarzt und Patient, S. 20 ff.

81 Daniels, NJW 29 1976, S. 345

Die Problematik gründet in der Abklärung, ob ein Herausgabeanspruch oder eine Einsichtsgewährungspflicht gesetzlich auf Art. 400 OR abgestützt werden kann und im Falle der Bejahung dieser Frage, in welchem Umfange dies erfolgen darf und muss, um den berechtigten Interessen beider Parteien zu genügen.

A.A. Lösungsmöglichkeiten

A.A.A. Grundsätzliche Herausgabepflicht aller Akten durch den Zahnarzt

Diese Ansicht wird von Gautschi vertreten: "... Hingegen sind abzuliefern die dem Arzt übergebenen und von ihm erstellten Röntgenaufnahmen, Arbeitszeugnisse, Gutachten, die ihm übergeben und, auf ausdrückliches Verlangen, die für die Behandlung angefertigten Krankengeschichten⁸²."

Gautschi stützt seine vollumfängliche Herausgabepflicht des Zahnarztes einerseits auf die Rechenschaftspflicht des Arztes aus Art. 400 OR, andererseits auf dessen Schweigepflicht, welche durch die Auslieferung der Krankenunterlagen am besten gewährleistet sei⁸³.

B.B.B. Grundsätzliche Negierung einer Einsichtsgewährungspflicht und/oder einer Herausgabepflicht des Zahnarztes

Diese Ansicht wird von Laufs verfochten: "Die Aufklärungspflicht kann es dem Arzt in bestimmten Situationen durchaus gebieten, seinem Patienten medizinische Unterlagen vorzuweisen, etwa ein Röntgenbild zu demonstrieren. Grundsätzlich sollte es aber bei der bisher überwiegend vertretenen Praxis⁸⁴ bleiben, die dem Patienten in der Regel keinen Anspruch auf Einsicht oder Herausgabe zuerkennt⁸⁵."

Er begründet dies damit, dass Krankenunterlagen vielfach notwendige, heikle Daten und Hinweise subjektiver Natur enthalten, auf welche der Arzt verzichten würde, müsste er diese dem Patienten zur Einsicht vorlegen. Ebenso müsste bei einem Einsichts- oder Herausgaberecht des Patienten auf die Niederschrift von Be-

82 Gautschi, einfacher Auftrag Art. 400 N 7b, dagegen: Daniels, NJW 29 1976, S. 346

83 Gautschi, einfacher Auftrag Art. 400 N 7b, allerdings ist der Autor seiner in Note 7b vertretenen Ansicht selbst nicht sicher, wenn er schreibt (Art. 400 N 22d): "Krankengeschichten sind vom Arzt in der Regel zur Information vorzulegen, nicht abzuliefern."

84 FN vom Autor gesetzt: Laufs spricht hier von der deutschen Praxis; eine ähnliche Praxis wird in der Schweiz durch G. Hochstrasser (S. 41 ff.) vertreten. Dieser will ein Herausgabeverweigerungsrecht des Zahnarztes auf das Urheberrecht abstützen, weil die Herstellung eines Röntgenbildes "nicht einen bloss technischen Vorgang darstellt, sondern auch medizinische Kenntnisse und deren praktische Anwendung voraussetzt, also einen Bestandteil der Behandlung bedeutet, die die Diagnose ermöglicht bzw. erleichtert".

85 Laufs, NJW 29 (1976) S. 1125

funden verzichtet werden, welche dem Patienten aus ärztlich-fürsorglichen Gründen verschwiegen werden sollten⁸⁶.

C.C.C. Einsichtsgewährungs- und Herausgabepflicht des Zahnarztes als gemischtes System

a. Ausgangspunkt

Sowohl der Zahnarzt als auch der Patient haben ein rechtlich schützenswertes Interesse an den Krankenunterlagen. Wo findet sich die Grenze des Einsichts- und Herausgabeanspruches des Auftraggebers zum Schutze des rechtlichen Interesses sowohl des Zahnarztes, als auch des Patienten? Bei den beiden vorangestellten Lösungsmöglichkeiten werden m.E. ausschliesslich nur die Interessen der einen Partei auf Kosten der anderen bevorzugt.

b. Lösungsvorschlag⁸⁷

a.a. Herausgabepflicht bei Krankenunterlagen mit überwiegendem rechtlichem Interesse des Patienten

a.a.a. Röntgenbilder

a.a.a.a. Werkvertrag

Wird ein Patient aufgrund zahnärztlicher Empfehlung oder auf eigene Initiative zu einem Röntgenfacharzt gehen, so schliesst er mit diesem einen Werkvertrag ab. Die Vertragspflicht des Arztes ist u.a. dann erfüllt, wenn dem Patienten die Röntgenbilder abgeliefert werden.

b.b.b.b. Einfacher Auftrag

Anders muss aber die Herstellung eines Röntgenbildes im Rahmen des zahnärztlichen Heilauftrages betrachtet werden. Hier bildet die Leistung des Röntgens nur eine untergeordnete Nebenleistung im Gegensatz zur Hauptleistung der Patientenbehandlung⁸⁸. Diesfalls darf nicht von einem gemischten Vertragsverhältnis gesprochen

86 Laufs a.a.O.

87 vgl. auch Daniels, NJW 29 (1976) S. 345 ff. Dieser unterscheidet bei den Krankenunterlagen lediglich objektive und subjektive, womit aber m.E. nur ein Kriterium von vielen, allerdings ein wichtiges, zur Abgrenzung herangezogen wird.

88 Schluep, S. 773: "Gemischte Verträge liegen nur dann vor, wenn es sich nicht bloss um ein Element von untergeordneter Bedeutung im Rahmen typischer Tatbestände handelt."

werden, sondern es gelangen ausschliesslich die Normen des einfachen Auftragsrechts zur Anwendung. Woran orientiert sich das überwiegende rechtliche Interesse des Patienten an den Röntgenbildern?

- I. Röntgenbilder beschränken sich auf die Wiedergabe eines objektiven Zustandes des Patienten, wobei nicht verkannt werden soll, "dass auch der Röntgenaufnahme subjektive qualifikationsabhängige Wertungen zugrunde liegen können (so kann z.B. die durch die Aufnahme zu sichernde Verdachtsdiagnose ausschlaggebend für Lagerung, Aufnahmetechnik usw. sein)"⁸⁹. Der objektive Faktor überwiegt. Eine solche objektiv-optische Zustandswiedergabe des Patienten betrifft diesen in seinen persönlichen Verhältnissen so intensiv, dass der Arzt mit seinen Interessen an den Röntgenbildern aus medizinischen Aspekten einer Abwägung der Interessen unterliegt, woraus der Anspruch auf Herausgabe der Röntgenbilder abgeleitet wird⁹⁰.
- II. Der Patient muss Eigentümer der Röntgenbilder werden, "nicht nur, wenn er die Behandlung durch einen anderen Arzt fortsetzen lassen will, sondern auch, wenn er nach langer Zeit eine Anamnese geben will"⁹¹ oder nach missglückter Behandlung etwaige Schadenersatzansprüche prüfen möchte.
- III. Die Röntgenbilder widerspiegeln den objektiven Zustand des Patienten. Es muss ihm überlassen bleiben, die alleinige Verfügungsmacht ausüben zu können. Mögen diese Bilder auch beim Arzt besser vor Verlust und Zerstörung geschützt sein, muss es doch dem Patienten aufgrund seines Persönlichkeitsrechts überlassen bleiben, dieses Risiko zu tragen, da auch beim Arzt z.B. bei Praxisübertragung oder Praxisaufgabe die Röntgenbilder verlorengehen könnten⁹².

b.b.b. Sonstige Unterlagen

Darunter sind Aufzeichnungen fotografischer oder vorwiegend maschineller Art zu verstehen, an denen der Patient aus denselben Gründen wie bei den oben erläuterten Röntgenaufnahmen einen Herausgabeanspruch gegenüber dem Zahnarzt hat. Als

⁸⁹ vgl. Daniels, NJW 29 (1976) S. 347

⁹⁰ Entgegen der Ansicht von G. Hochstrasser (S. 42) überwiegt bei der Herstellung der Röntgenbilder der blosse technische Vorgang, da diese in den meisten Fällen durch eine Zahnarztgehilfin angefertigt werden, was beweist, dass letztlich ebensolche Fähigkeiten für die Herstellung eines Röntgenbildes erforderlich sind, wie bei der Anfertigung einer Passfotografie von einem Fotografen verlangt werden. Hier aber anerkennt Hochstrasser einen Herausgabeanspruch des Kunden. Nicht verwechselt werden darf die Herstellung eines Röntgenbildes mit dessen Auswertung, bei welcher sehr wohl hohe zahnmedizinische Kenntnisse erforderlich sind, ansonsten es ja keiner speziellen ausgebildeten Röntgenologen bedürfte.

⁹¹ Gautschi, einfacher Auftrag, Art. 400 N 7b

⁹² A.M. Hochstrasser, S. 41: Gerade weil diese zur Weiterbehandlung benötigt würden, müssen sie im Eigentum des Zahnarztes bleiben.

Beispiele seien hier an dieser Stelle die beim Zahnarzt allerdings äusserst selten angefertigten Elektrokardiogramme und Audiogramme erwähnt. Liefert der Arzt Krankenunterlagen ab, so steht ihm auch das Recht zu, eine Quittung (Art. 88 OR) zu verlangen⁹³.

- b.b. Krankenunterlagen, an denen der Patient als auch der Zahnarzt ein gleichwertiges Interesse haben:
Einsichtsgewährungspflicht des Zahnarztes

Ein gleichwertiges Interesse von Arzt und Patient an Krankenunterlagen besteht m.E. bei allen ärztlichen Aufzeichnungen, wie Krankengeschichte, Operationsprotokolle usw. Massgebend für die Gleichwertigkeit der Interessen ist, dass es sich bei diesen Aufzeichnungen nicht um vorwiegend objektiv festgestellte Krankheitszustände des Patienten handelt, sondern um subjektive Wertungen oder Beschreibungen des behandelnden Arztes⁹⁴. Für den Arzt besteht die Pflicht zur Führung einer Krankengeschichte, womit auch ein rechtliches Interesse des Patienten eingestanden wird.

Wenn der Patient aber schon ein rechtliches Interesse an der Führung einer Krankengeschichte hat, so muss ihm auch die Möglichkeit offenstehen, diese einzusehen. Es würde sonst auch zu einer ungerechtfertigten Erschwerung der Beweislast des Patienten beitragen, da er sonst eine vermeintliche Vertragsverletzung nicht zu beweisen imstande wäre, welche auf der Pflichtverletzung zur Führung einer Krankengeschichte beruhte und sich nicht durch einen Körperverletzungs- oder Tötungsschaden offenbarte. Nur Einsicht und keine Herausgabe soll dem Auftraggeber gewährt werden⁹⁵, da auch der Arzt, um den Exculpationsbeweis liefern zu können, ein rechtliches Interesse an der Krankengeschichte hat⁹⁶.

Zudem ist der Zahnarzt auch verpflichtet, eine Krankengeschichte so zu führen, damit sich später der Krankheitsverlauf rekonstruieren lässt.

93 Gautschi, einfacher Auftrag, Art. 400 N 7e

94 vgl. Daniels, NJW 29 (1976) S. 347

95 vgl. Gautschi, einfacher Auftrag, Art. 400 N 7b: "Die vom behandelnden Arzt selbst aufgenommene Krankengeschichte muss im Zweifel nicht abgeliefert, aber in Erfüllung der Rechenschaftspflicht vorgelegt werden." Allerdings sagt Gautschi hier nicht, wann berechtigter Zweifel vorliegen.

96 vgl. Daniels, NJW 29 (1976) S. 349: "Die Gefahr, dass der Arzt seine Aufzeichnungen zurückhaltender macht, ist nicht von der Hand zu weisen. Das schützenswerte Interesse an der Einsicht muss im Blick auf die dem Patienten drohenden Rechtsnachteile grundsätzlich höher bewertet werden als diese Gefahr."

- C.C. Krankenunterlagen mit überwiegendem rechtlichem Interesse
des Zahnarztes:
Keine Einsichtsgewährungspflicht und Herausgabepflicht
des Zahnarztes

Unbestritten ist, ob subjektive, persönliche Notizen des Zahnarztes aufgrund von Art. 400 I OR vorgelegt werden müssen⁹⁷.

C. Retentionsrecht des Zahnarztes an Krankenunterlagen

Der Zahnarzt darf Krankenunterlagen nicht zurückbehalten oder zur Einsicht verweigern, solange der Auftraggeber seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist. Da Krankenunterlagen keine verwertbaren Sachen sind, ist ein Retentionsrecht nach zwingendem Sachenrecht ausgeschlossen⁹⁸.

3.1.7.3. Übergabe der Krankenunterlagen von Zahnarzt zu Zahnarzt

Der Zahnarzt darf Krankenunterlagen an einen Kollegen nur mit der Einwilligung des Patienten weitergeben⁹⁹. Dasselbe gilt auch beim Praxistausch oder der Praxisübergabe an einen Kollegen durch den Zahnarzt.

Die heutige (zahn-) ärztliche Praxis geht dahin, dass die stillschweigende Einwilligung des Patienten vermutet wird, wenn sich der behandelnde Arzt bei seinem Vorgänger aus ärztlich motivierten Gründen über medizinische Fragen bezüglich des Patienten erkundigt¹⁰⁰. Diese m.E. nicht ungefährliche Vermutung kann leicht zu einer das Persönlichkeitsrecht des Patienten verletzenden Frage oder Antwort in einem nicht medizinischen Bereich führen, weshalb zu überlegen ist, ob der behandelnde Arzt nicht die Einwilligung ausdrücklich beim Patienten einholen muss. Übergibt der behandelnde Arzt einem andern Krankenunterlagen, so ist das Nichtanfertigen einer Kopie keine Sorgfaltspflichtverletzung¹⁰¹.

97 vgl. Daniels, NJW 29 (1976) S. 348: "Es ist anerkannt, und soll hier nicht in Frage gestellt werden, dass Aufzeichnungen die sich ein Vertragsteil ohne entsprechende Verpflichtung nur als einseitige Erinnerungsstütze macht, nicht vorlagepflichtig sind."

98 Gautschi, einfacher Auftrag, Art. 400 N 18b, vgl. auch BGE 78 II 378: Die Nichterteilung der vom Beauftragten geforderten Entlastung durch den Auftraggeber gibt ihm kein retentionsähnliches Zurückbehaltungsrecht.

99 Laufs, NJW 29 (1976) S. 1125, Ott, S. 45

100 Laufs, NJW 29 (1976) S. 1125, Anmerkung 58

101 ZR 44 (1945) Nr. 160, S. 32 ff.

3.1.7.4. *Eigentum an extrahierten Zähnen*

Der herausoperierte Blinddarm oder der amputierte Arm sind nach Gautschi nicht ablieferungspflichtig, da ihnen kein Vermögenswert zukommt, weshalb der Patient an deren Erlangung kein Interesse hat¹⁰². Wie aber ist zu entscheiden bei extrahierten Zähnen? Soweit diese keinen Vermögenswert haben, wird kaum Streit entstehen. Vielfach kommt aber solchen Zahnobjekten doch ein erheblicher Vermögenswert zu, vor allem dann, wenn sie mit Gold verbunden sind. Solche Zähne sind und bleiben auch bei der Herausnahme im Eigentum des Patienten. Der Zahnarzt hat diese jederzeit und unverzüglich dem Patienten zu übergeben. Allerdings befinden sich diese Zähne nach der Extraktion aber meistens im Besitze des Zahnarztes, den das Gesetz als Eigentümer vermutet (Art. 930 I ZGB). Der Patient müsste seine Rechte als Eigentümer gleich nach einer Extraktion durch die tatsächliche Gewalt über den extrahierten Zahn ausüben, ansonsten er einen schwierigen Beweis zu erbringen hätte. Ein interessanter Fall ist den Versicherungsakten zu entnehmen:

Dem Zahnarzt glitt während des Einprobierens die Goldkrone aus der Hand. Der Patient erschrak und verschluckte diese. Die in den nächsten Tagen erfolgte Suche brachte aber die Goldkrone nicht wieder zum Vorschein. Die Haftpflichtversicherung des Zahnarztes lehnte hier eine Haftung für die Goldkrone ab, da sie sich zu Recht auf den Standpunkt stellte, die Goldkrone befinde sich zur Zeit des Einprobierens noch im Eigentum des Behandlers. Somit lag ein Eigenschaden vor, für welchen nach den Versicherungsbedingungen keine Haftung bestand.

Der Patient wird erst in dem Zeitpunkt Eigentümer der ihm eingesetzten Prothesen, Brücken oder Plomben, in welchem er auch die tatsächliche Gewalt über diese ausüben kann, was aber während der Einpassung durch den Zahnarzt noch nicht der Fall ist.

3.1.8. *Fortbildungspflicht*

Das Bundesgericht verlangt, dass der Arzt, und demnach auch der Zahnarzt, sein medizinisches Wissen durch das Studium der Fachliteratur auf dem aktuellen, allseits zugänglichen Wissensstand zu halten hat¹⁰³. Verursacht eine veraltete, angewandte Heilmethode einen Schaden, so ist dies dem Dentisten als Pflichtverletzung anzurechnen, wenn der Schaden bei Anwendung einer neueren, allgemein bekannten Methode zu vermeiden gewesen wäre. Von welchem Zeitpunkt an die Kenntnisse einer allgemein bekannten, neuen Methode vorausgesetzt werden dür-

102 Gautschi, einfacher Auftrag, Art. 400 N 7b

103 BGE 64 II 326 ff.

fen, beschreibt Perret¹⁰⁴ m.E. richtig: "Wenn mehrfach in auch dem 'Durchschnittszahnarzt' zugänglichem Schrifttum darüber berichtet und eine alte Methode als eindeutig veraltet qualifiziert worden ist."

Die Grenzen der Fortbildungspflicht und bei Erreichung deren Konsequenzen werden bei Neumann¹⁰⁵ umschrieben.

An diesem Orte zu erwähnen ist m.E., dass der Zahnarzt ebenfalls seine technischen Apparaturen auf dem neuesten Stande halten muss, auch wenn dies mit grossen Neuinvestitionen verbunden sein sollte. So denke man an den Praktiker, der mit 30 Jahren seine Praxis eröffnete und mit 70 immer noch mit den gleichen Apparaturen arbeitet, obwohl heute schon innerhalb weniger Jahre auf zahntechnischem Gebiete grosse Veränderungen und Fortschritte gemacht werden.

3.1.9. Verschwiegenheitspflicht

Übernimmt der Zahnarzt einen Behandlungsauftrag, so hat er sich dadurch auch zur Verschwiegenheit verpflichtet. Aufgrund von Art. 28 ZGB muss der Arzt über all dasjenige schweigen, was er während der Behandlung vom oder über den Patienten erfährt. Der Zahnarzt bringt unwillkürlich, um seinen Beruf überhaupt ausüben zu können, Tatsachen des Patienten in Erfahrung, welche so eng mit den persönlichen Verhältnissen des Patienten verknüpft sind, dass jede Preisgabe dieser Informationen an unbefugte Dritte als eine Verletzung des Patienten in seinen persönlichen Verhältnissen gewertet wird¹⁰⁶.

Für eine eingehendere Erfassung dieses Themenkreises verweise ich auf die diesbezügliche Spezialliteratur¹⁰⁷.

104 Perret, Aussenseitermethoden, S. 85 ff.

105 Neumann, S. 11: "Der Einwand etwa, dass ein Zahnarzt von einer Neuerung nichts wisse, ist unmöglich und dem Heilungssuchenden gegenüber jedenfalls nicht zu verantworten. Es trifft den Zahnarzt keinesfalls eine absolute Pflicht, womöglich unter Vernachlässigung seiner Praxis und damit seiner Patienten ein wissenschaftliches Studium zu betreiben. Aber er muss stets die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit kennen und im Auge behalten. Stellt er Lücken fest, so muss er eine Behandlung, die er sich nicht zuzutrauen vermag oder die er nicht sicher beherrscht, unterlassen und dem ständigen Spezialisten überlassen. Dies gilt insbesondere bei chirurgischen Eingriffen. ... Hier gebietet der Beruf Offenheit vor sich selbst und den Mut, eine Behandlung abzulehnen, stelle es auch einen noch so grossen Honorarverlust dar."

106 vgl. Rosenstiel 2, wonach auch die meisten kantonalen Medizinalgesetze eine Pflicht zur Verschwiegenheit kennen.

107 u.a. Blass W. – Die Berufshaftpflicht, Diss. Zürich 1944;
Bucher E. – Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Diss. Zürich 1956; Russek R. – Das ärztliche Berufsgeheimnis, Diss. Zürich 1954

3.2. *Pflichten des Patienten*

Diese gründen in den Artikeln 394 III OR und Art. 402 OR. Der Patient hat dem Zahnarzt eine Vergütung zu leisten, ein Honorar¹⁰⁸, und zudem darf er nichts tun, was den Behandlungserfolg vereiteln könnte. Dem Patienten steht aber gegenüber dem Zahnarzt kein Weisungsrecht zu, da die nötigen Fachkenntnisse fehlen und der Zahnarzt haftpflichtig wird, wenn er Anweisungen des Patienten befolgen würde, die den Regeln der zahnmedizinischen Wissenschaft widersprechen¹⁰⁹. Klar vom fehlenden Weisungsrecht des Patienten muss die Möglichkeit der Bestimmung des Auftragsumfanges durch den Auftraggeber getrennt werden. Verlangt ein Patient von seinem Zahnarzt nur den Einbau einer provisorischen Brücke, obwohl der Behandelnde von der Notwendigkeit einer soliden, festsitzenden Brücke überzeugt ist, hat sich der Zahnarzt dem Willen des Patienten zu beugen, ansonsten der Auftrag abzulehnen ist. Dem Patienten muss aufgrund seines Persönlichkeitsrechtes freistehen, in eine zahnärztliche Behandlung einzuwilligen oder diese abzulehnen. Nachdem das “Was” entschieden wurde, muss das “Wie” dem Zahnarzt überlassen bleiben¹¹⁰.

4. *Haftung*¹¹¹

Da in dieser Arbeit nur die Haftung des freipraktizierenden Zahnarztes berücksichtigt wird, fällt die öffentlich rechtliche Haftung des Zahnarztes hier nicht in Betracht, sondern nur die privatrechtliche Auftragshaftung.

Vorschriften dazu finden sich in Art. 397 ff. OR i.V. mit Art. 97 ff. OR. Erbringt der Zahnarzt verschuldeterweise nicht die vereinbarte Leistung, so liegt Nichterfüllung des Vertrages vor. Von einer Nichterfüllung des Vertrages (d.h. wenn die Leistung des Zahnarztes an den Patienten nach Gegenstand, Zeit und Ort ausbleibt) werden die folgenden Fälle erfasst¹¹²:

108 Beachte hierzu die im Kanton Zürich vom Regierungsrat erlassene Taxordnung für Zahnärzte und kantonal patentierte Zahntechniker vom 23. Februar 1977 (Zürcher Gesetzessammlung, 46. Band 1976–1978, S. 461 f.), welche bestimmt, dass gegenüber Patienten, die nach der kantonalen Gesetzgebung der Krankenversicherungspflicht unterstellt werden können, sowie gegenüber Fürsorgestellen der SUVA-Tarif anzuwenden ist. Gegenüber anderen Patienten und Kostenträgern gilt der Tarif mit einem Zuschlag bis höchstens ca. 35% je nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Patienten, jedoch gilt dies nur für Mitglieder der schweiz. Zahnärztesgesellschaft (dieser Organisation sind ca. 90% aller Zahnärzte der Schweiz angeschlossen). Diese Taxordnung hat aber subsidiären Charakter, weil sie nur Geltung beanspruchen kann, sofern zwischen den Parteien nicht ausdrücklich oder stillschweigend etwas anderes vereinbart worden ist (vgl. auch BBl. 124 II S. 1584 – Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Postulat der Petitionskommission des Nationalrates vom 21. Mai 1970 betreffend Honorare von Zahnärzten und Ärzten).

109 BGE 62 II 276, A. Keller, S. 348

110 vgl. Ott, S. 51

111 vgl. Seite 12

112 vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 213 ff., von Tuhr/Escher, S. 86 ff.

- a. die Leistung des Zahnarztes wird zufolge von ihm verschuldeter Unmöglichkeit nicht erbracht,
- b. die Leistung des Zahnarztes wird "nicht gehörig" erbracht,
- c. die Leistung des Zahnarztes wird nicht erbracht, obwohl sie möglich wäre, oder
- d. die Verletzung einer vertraglichen Unterlassungspflicht.

Die Grundlage der Zahnärzthaftung bildet meistens Art. 398 OR:

"Der Beauftragte haftet im allgemeinen für die gleiche Sorgfalt, wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis. Er haftet dem Auftraggeber für die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes. Er hat das Geschäft persönlich zu besorgen, ausgenommen, wenn er zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet wird."

Was unter dem gesetzlich geforderten Sorgfaltsmass zu verstehen ist, wird näher auf Seite 106 ff. beschrieben.

5. Beendigung

Diese Thematik wurde schon ausführlich in der Literatur behandelt¹¹³. Zwischen der Beendigung des Arztauftrages und des zahnärztlichen Auftrages besteht in rechtlicher Hinsicht kein Unterschied.

II. Werkvertrag

1. Begriff

Art. 363 OR definiert dieses Vertragsverhältnis folgendermassen:

"Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung."

Der Zahnarzt wird verpflichtet, ein Werk¹¹⁴, herzustellen und der Patient verpflichtet sich, eine entsprechende Vergütung zu leisten. Die Vergütung des Patienten richtet sich i.d.R. im Kanton Zürich nach der vom Regierungsrat erlassenen Taxordnung für Zahnärzte und kantonale patentierte Zahntechniker vom 23. Februar

¹¹³ vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 465 ff., Gautschi, einfacher Auftrag, Art. 404 N 2a ff., Ott, S. 70 ff.

¹¹⁴ vgl. Seite 25 f.

1977¹¹⁵. Die Bestimmungen der Art. 363 ff. OR gelangen zur Anwendung, wenn der Zahnarzt eine defekte Brücke oder Prothese reparieren muss, also ein Werk zu liefern hat, ohne dass die eigentliche Heilbehandlung im zahnärztlichen Sinne vom Werkvertragsrecht miterfasst werden kann.

2. *Entstehung*

Es wird dazu auf Seite 29 f. verwiesen.

3. *Wirkungen*

3.1. *Pflichten des Zahnarztes*

3.1.1. *Haftung für den Stoff*

Liefert der Zahnarzt den Stoff, was normalerweise der Fall sein wird, so untersteht er der Gewährleistungspflicht für mangelnde Stoffeigenschaften wie ein Verkäufer (Art. 365 I OR). Sollte ausnahmsweise der Patient den Stoff liefern (z.B. Gold zur Herstellung einer Brücke), so hat der Zahnarzt die Pflicht, vor Beginn der Arbeit den Stoff auf seine Eignung (z.B. nötige Legierung) und Verwendbarkeit zu testen und den Patienten über die Stoffmängel sofort zu unterrichten.

Werden Mängel am Stoffe während der Ausführung festgestellt, so obliegt dem Zahnarzt die Anzeigepflicht. Versäumt der Dentist, die festgestellten Stoffmängel dem Patienten anzuzeigen, so wird er schadenersatzpflichtig¹¹⁶.

3.1.2. *Pflicht zur Herstellung des Werkes*

Von Gesetzes wegen ist der Zahnarzt verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen, oder doch zumindest dessen Ausführung zu überwachen (Art. 364 II OR). Normalerweise hat der Unternehmer das Werk dem Besteller abzuliefern, vorausgesetzt, keine gegenteilige Abrede sei erfolgt. Die Ablieferung wird vom Ausdruck "Herstellung" miterfasst. In diesem Falle entspricht es aber der

¹¹⁵ vgl. Seite 47

¹¹⁶ Guhl/Merz/Kummer, S. 448

Übung, dass das Werk (Brücke, Prothese, Plombe) durch den Patienten selbst beim Zahnarzt abgeholt wird¹¹⁷.

3.1.3. Pflicht, das Werk vor zufälligem Untergang zu bewahren

Grundsätzlich trägt bei einem zufälligen Untergang oder einer Zerstörung des Werkes der Zahnarzt das Risiko, ohne einen Anspruch weder auf Ersatz seiner Auslagen noch auf Lohn, geltend machen zu können (Art. 376 I OR). So hatte z.B. der Zahnarzt, der während der Behandlung eines Patienten im Altersheim dessen Prothesen auf unerklärliche Weise verlor, Ersatz zu leisten¹¹⁸. Hat der Patient den Stoff geliefert, so trägt er das Verlustrisiko, ohne vom Zahnarzt einen Schadenersatz zu fordern berechtigt zu sein.

3.1.4. Sorgfaltspflichten

Beim Auftrag wurden die Sorgfaltspflichten des Zahnarztes bereits eingehend analysiert, deshalb sei, sofern diese sinngemäss beim Werkvertragsrecht anzuwenden sind, darauf verwiesen. Wie beim Auftrag, so ist auch hier die Sorgfaltspflicht eine nähere Konkretisierung der allgemein umschriebenen Treuepflicht¹¹⁹.

3.2. Pflichten des Patienten

3.2.1. Werklohn

Der Patient schuldet den Lohn für den Wert der Arbeit und die Aufwendung des Zahnarztes (Art. 374 OR), sofern nichts Gegenteiliges vereinbart wurde; dies aber erst mit der Ablieferung des vollendeten und mängelfreien Werkes¹²⁰ oder einzelner Teile davon (Art. 372 OR).

117 vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 447

118 Versicherungsfall

119 BGE 89 II 126

120 BGE 94 II 161

3.2.2. *Werkprüfung*

Sobald der Zahnarzt das Werk dem Patienten übergeben (eingepasst oder eingesetzt) hat, muss der Besteller das Werk auf dessen Beschaffenheit prüfen (Art. 367 OR). Diese Prüfung der Mängelfreiheit kann bei zahnärztlichen Werken ausnahmsweise innert kurzer Frist erfolgen. Meist nimmt diese aber einen längeren Zeitraum in Anspruch. Dies deshalb, weil sich die auf Mängel zurückzuführende Unverträglichkeit eines solchen Werkes erst nach einer gewissen Zeit und Beanspruchung herausstellt. Diese "Prüfungspflicht" stellt aber keine eigentliche Pflicht dar, sondern nur die Voraussetzung dafür, dass das Recht auf Gewährleistung der Mängelfreiheit oder wegen vertragswidriger Ausführung durchgesetzt werden kann¹²¹.

Anstelle der Prüfung des Werkes durch den Besteller selbst, kann der Patient und/oder der Zahnarzt auf eigene Kosten zur Mängelfreiheitsprüfung einen zweiten Zahnarzt¹²² mit der Nachprüfung beauftragen (Art. 367 II OR).

4. *Haftung*

4.1. *Bei einem Werkmangel*

Kann die Annahme des Werkes wegen einer Abweichung gegenüber dem Vertragsinhalt oder mangelnder Brauchbarkeit nicht erfolgen, so darf der Patient die Werkannahme gegenüber dem Zahnarzt verweigern. Trifft den Dentisten kumulativ ein Verschulden für Schäden, die dem Patienten aus der Mangelhaftigkeit des Werkes über dessen Entwertung hinaus entstehen, dann erhält der Patient die Möglichkeit, Schadenersatzansprüche gegenüber dem Zahnarzt geltend zu machen (Art. 368 I + II OR).

4.2. *Bei Schädigung während der Werkausführung*

Zu denken ist hier an die Möglichkeit der Verletzung eines anderen Zahnes oder der Schleimhaut während des Anpassens einer Brücke oder Prothese. Die Verantwortlichkeit entspricht hier der normalen Haftung aus Vertrag (Art. 97 ff. OR)¹²³.

121 vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 346 ff.

122 BGE 61 II 112

123 vgl. A. Keller, S. 345

4.3. *Haftung für nicht gehörige Erfüllung*

Hier wird im Gegensatz zur Mängelhaftung (Art. 368 OR) ein Verschulden des Zahnarztes verlangt (Art. 97 ff. OR).

4.4. *Kasuistik*

Fall 1: Eingliederung einer mangelhaften Brückenarbeit¹²⁴

“Im Mai 1969 wurde dem Kläger im OK eine 6gliedrige Brücke eingesetzt. Im Juni traten an der Brücke anhaltende Schmerzen auf, die trotz mehrfacher konservativer Behandlung, Bestrahlungen und einer Heilanästhesie nicht nachliessen. Der Kläger beantragte Schmerzensgeld und Erstattung der Mehrkosten, da seiner Meinung nach die Brücke fehlerhaft hergestellt worden sei. Der Beklagte sah ein, dass die Brücke nicht ganz den ärztlichen Regeln entsprach, weil die Pfeilerzähne zu kurz überkront waren und freiliegendes Zahnbein sichtbar war. Er schlug einen Vergleich vor. Das Gericht entsprach diesem Vergleich und legte dem Beklagten auf, eine neue Brücke zu Selbstkosten zu erstellen.”

Fall 2: Mangelhafte Brückenkonstruktion¹²⁵

“Nach Einsetzen einer Brücke im UK brach nach dreimonatiger Eingliederung ein Pfeilerzahn ab. Es konnte einwandfrei festgestellt werden, dass dieser Pfeilerzahn der starken Belastung nicht hätte ausgesetzt werden dürfen. Auch hier handelt es sich nach Ansicht des Gerichts um einen *Werkvertrag*. Der Beklagte wurde verurteilt, weil er seine Sorgfaltspflicht vernachlässigt habe (DM 3'500.— Geldstrafe).”

5. *Beendigung*

5.1. *Erfüllung*

Diese findet durch die vertragsgemässe, rechtzeitige Ablieferung des mängelfreien Werkes an den Patienten statt (Art. 114 OR).

¹²⁴ Kaisten, S. 87

¹²⁵ Karsten, S. 89

5.2. *Unmöglichkeit der Erfüllung*

Der von einer Partei zu verantwortende Zufall wurde bereits schon auf Seite 50 behandelt. Hier soll noch der Zufall behandelt werden, der im Untergang der Person des Patienten oder Zahnarztes selbst gegeben ist. In all diesen Fällen (sei es durch Tod oder durch unverschuldete Unfähigkeit) erlischt der Werkvertrag, zumal dieses Vertragsverhältnis vom Patienten mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Zahnarztes zustandekam (Art. 378 und 379 OR). Der Patient hat aber dennoch die Pflicht, den bereits ausgeführten Teil des Werkes abzunehmen, wenn er für diesen brauchbar ist, was bei zahnärztlichen Werken kaum der Fall sein dürfte¹²⁶.

5.3. *Rücktritt*

Solange das Werk des Zahnarztes noch nicht vollendet ist, kann der Patient vom Verträge jederzeit unter Schadloshaltung des Zahnarztes zurücktreten (Art. 377 OR). Der Zahnarzt ist auf die allgemeinen vertraglichen Rücktrittsrechte verwiesen (Art. 83, 107–109 OR).

III. *Geschäftsführung ohne Auftrag*

Ein besonderes Problem entsteht für den Zahnarzt, wenn er aus objektiven Gründen nicht in der Lage ist, die Einwilligung des Patienten zu einem dringenden Eingriff zu erhalten. Das Problem verschärft sich zusätzlich durch das Bestehen einer rechtlichen und nicht nur moralischen Handlungspflicht¹²⁷ des Zahnarztes. Hier interessiert uns, unter welchen Voraussetzungen der Zahnarzt zur Geschäftsführung ohne Auftrag berechtigt (oder verpflichtet) ist.

1. *Begriff*

Art. 419 OR:

“Wer für einen andern ein Geschäft besorgt, ohne von ihm beauftragt zu sein, ist verpflichtet, das unternommene Geschäft so zu führen, wie es dem Vortheile und der mutmasslichen Absicht des andern entspricht.”

¹²⁶ vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 452

¹²⁷ Art. 18 zürcherisches Einführungsgesetz zum StGB vom 6. Juli 1941

Unbestrittenermassen wird in der Lehre und Rechtssprechung die Geschäftsführung ohne Auftrag "als Quasicontract und die daraus resultierenden gegenseitigen Ansprüche als obligationes quasi ex contractu qualifiziert"¹²⁸. Die Zurechnung der Geschäftsführung ohne Auftrag zu den Verträgen wird folgendermassen begründet:

- a. Aus der Gesetzesformulierung von Art. 419 OR wird geschlossen, dass die Beziehung der Geschäftsführung ohne Auftrag zu den andern Vertragsverhältnissen so eng sei, dass eine Zurechnung zu den Verträgen am ehesten ihrem Wesen gerecht wird¹²⁹.
- b. Aus der Stellung des Rechtsverhältnisses im OR sei zu schliessen, dass sich die Geschäftsführung ohne Auftrag "wie ein Vertrag behandelt wissen will"¹³⁰. Der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag liegt nur dann vor, "wenn diese nicht auf einen einfachen oder qualifizierten Auftrag gestützt werden kann. Sie darf auf keinem Geschäftsführungsvertrag, auf keinem Werkvertrag für tatsächliche Dienstleistungen, auf keiner amtlichen, keiner andern rechtsgeschäftlichen Bestellung (Wahl) und auf keiner gesetzlichen Befugnis beruhen ... Es ist eine Geschäftsführung ohne Rechtsgrund"¹³¹.

2. Anwendungsfälle für den freipraktizierenden Zahnarzt

Der wohl hier wichtigste Fall für den Zahnarzt, aber dennoch von geringer Bedeutung, ist die sogenannte "Erweiterung der Operation". Diese liegt vor, wenn der ursprüngliche Operationsplan so abgeändert werden muss, dass der Eingriff des Zahnarztes oder Arztes nicht mehr von der Einwilligung des Patienten gedeckt ist zufolge neuer, plötzlich eintretender Umstände. Eine Einwilligung kann in diesem besonderen Falle auch nicht mehr eingeholt werden, da der Patient in Vollnarkose liegt.

Der Dentist hat in diesem Falle, wenn die von der Lehre ausgearbeiteten Grundsätze beachtet wurden, so zu handeln, dass es dem Vorteile und dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht. Nach diesen Grundsätzen der Lehre¹³², ist eine Operationserweiterung immer dann zulässig, wenn:

- a. dadurch keine Lebensrisikoerhöhung für den Patienten eintritt;
- b. die Risikoerhöhung des Eingriffes kleiner ist als diejenige, die durch Zuwarten bis zur Einwilligung entstehen würde.

128 Gautschi, Geschäftsführung ohne Auftrag, Vorbemerkungen N 5a; Ott, S. 73; Loeffler, S. 12

129 Ott, S. 74

130 A. Keller, S. 367

131 Gautschi, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419 N 2a

132 Loeffler, S. 18; Ott, S. 78

Ein weiterer denkbarer Fall wäre derjenige der Nothilfe¹³³. Auch hier ist der Zahnarzt gleich wie der Arzt zur Hilfeleistung verpflichtet.

Der Ansicht von Kirsch¹³⁴ ist m.E. beizupflichten, da die Zahnärzte in der Schweiz während ihres Studiums mit den grundlegenden allgemein medizinischen Kenntnissen vertraut gemacht werden, wenn auch zugegebenermassen nicht in der gleichen Intensität wie die Ärzte. Trotzdem darf von ihnen eine Hilfepflicht in Notfällen gefordert werden. Im übrigen verweise ich auf die ausführlichen Erörterungen zur ärztlichen Nothilfe bei Ott¹³⁵.

3. Haftung

3.1. Grundsatz

Der Zahnarzt als Geschäftsführer ohne Auftrag haftet nach Art. 420 I OR:

“... grundsätzlich für jede Fahrlässigkeit, bzw. er hat alle Sorgfalt aufzuwenden¹³⁶.”

3.2. Ausnahmen

3.2.1. Mildere Haftung

Art. 420 II OR:

“Seine Haftpflicht ist jedoch milder zu beurteilen, wenn er gehandelt hat, um einen dem Geschäftsherrn drohenden Schaden abzuwenden.”

Während Loeffler¹³⁷ die Anwendung von Art. 420 II OR für den Arzt bejaht, verneinen dies Lotz¹³⁸ und Ott¹³⁹. Die Nichtanwendung von Art. 420 II OR wird mit

133 vgl. das Beispiel bei Wegfall der Aufklärungspflicht unter Gefahr im Verzug, S. 33

134 Kirsch, S. 402: “Der Zahnarzt kann sich im gegebenen Fall nicht darauf berufen, dass er nicht im gleichen Masse wie der Arzt zur Hilfeleistung verpflichtet sei, da er aufgrund seines Fachgebietes den in dieser Hinsicht zu stellenden Forderungen nicht in gleichem Masse gerecht werden könne. Dies ist nicht richtig. Dem Zahnarzt sind während seines Studiums die Möglichkeiten gegeben, sich auch mit ärztlichen Problemen in der ersten Hilfeleistung vertraut zu machen, auch wenn im Ausbildungsplan selbst diese Themen nicht direkt angeführt werden. Zudem hat er nach den Berufsordnungen die gesetzliche Verpflichtung, sich fortzubilden und sein Wissen auf den letzten Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse zu bringen.” Vgl. auch Art. 7 der Standesordnung der Schweiz. Zahnärzte-Gesellschaft.

135 Ott, S. 74 ff.

136 Gautschi, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 420 N 2a

137 Loeffler, S. 13

138 Lotz, S. 119

139 Ott, S. 80

der besonderen Autoritäts- und Vertrauensstellung des Arztes begründet. M.E. würde sogar in Anwendung von Art. 420 II OR in unserem Falle ein Verstoss gegen die guten Sitten (Art. 20 OR) vorliegen, wenn z.B. der Arzt bei der Erweiterung der Operation nicht für dieselbe Sorgfalt einstehen müsste, wie er für die Operation nach Auftragsrecht aufzubringen hat. Anders ist aber zu entscheiden bei der Nothilfe. Hier hat der Arzt (ausnahmsweise auch der Zahnarzt) infolge seiner moralischen Hilfepflicht nicht für dieselbe Sorgfalt einzustehen wie im "Normalfalle", da diese Pflicht zu jeder Zeit und jeder Situation an den Zahnarzt herantreten kann und er aus ethischen und rechtlichen Gründen Hilfe bringen muss.

Unbestrittenermassen hat der Geschäftsherr bei der Nothilfe dem Arzt nicht nur die notwendigen und nützlichen Verwendungen nach Art. 422 I OR zu ersetzen, sondern auch die übliche Vergütung zu leisten. Gautschi begründet dies damit, dass der (Zahn)-Arzt nicht absolut freiwillig leistet, "sondern aufgrund einer öffentlich-rechtlichen oder doch einer sittlichen Verpflichtung ... Er opfert dafür Zeit und Arbeit, die sonst honoriert würden. Er macht i.d.R. keine bedeutenden Verwendungen. Sein Opfer ist die Arbeitszeit, die sonst honoriert würde"¹⁴⁰.

Bei der Erweiterung der Operation genehmigt in der Regel der Patient die Geschäftsführung ohne Auftrag nachträglich, wodurch der Zahnarzt den Vergütungsanspruch erlangt (Art. 424 und 394 III OR).

3.2.2. *Zufallshaftung*

Diese Möglichkeit nach Art. 420 III OR wird sich kaum ergeben, weshalb ich auf die Ausführungen bei Ott¹⁴¹ verweise.

IV. Haftung des Zahnarztes für Hilfspersonen und Substituten aus Vertrag

1. *Allgemeines*

1.1. *Der Begriff der Hilfsperson*

Art. 101 I und II OR:

"Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer, vornehmen lässt, hat dem anderen den

¹⁴⁰ Gautschi, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 424 N 10c

¹⁴¹ Ott, S. 81

Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht. Diese Haftung kann durch eine zum voraus getroffene Verabredung beschränkt oder aufgehoben werden.”

Als Hilfsperson im Sinne von Art. 101 OR kann “jede Person, deren sich der Vertragsschuldner ... zur Erfüllung seiner Verpflichtung bedient”¹⁴², bezeichnet werden. Demnach werden als “Hilfspersonen” in der zahnärztlichen Praxis die Zahnarztgehilfin, die Zahnlaborantin, die Dentalhygienikerin, aber auch die Assistenten des Zahnarztes¹⁴³ als solche zu betrachten sein, da, wie Ott zutreffend bemerkt, “Assistenten als Hilfsperson ihrer fachtechnischen Vorgesetzten zu betrachten”¹⁴⁴ sind.

Nach Art. 68 OR ist der Schuldner (Zahnarzt) nur dann verpflichtet persönlich zu erfüllen, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt. Der Zahnarzt darf sich also grundsätzlich zur Erfüllung des Vertrages einer Hilfsperson bedienen. Die Schranke dieses Grundsatzes findet sich da, wo durch Parteiwille ausdrücklich etwas anderes vereinbart worden ist, oder wo dem Gläubiger durch den Beizug einer Hilfsperson Nachteile erwachsen¹⁴⁵.

1.2. Begriff des Substituten

Darunter fallen Drittpersonen, die vom Zahnarzt die selbständige Erfüllung einer Verpflichtung übertragen erhalten, was bedeutet, dass diese nicht “unter seiner Leitung und Aufsicht”¹⁴⁶ stehen.

Die Substitution ist aber immer nur da zugelassen, wo das Recht des einfachen Auftrages Art. 394 ff. OR zur Anwendung gelangt¹⁴⁷. Der Zahnarzt als Werkunternehmer kann seine Pflicht zur Erfüllung des Vertrages nicht über Art. 399 II OR auf einen Dritten abschieben, es sei denn eine diesbezügliche Verabredung wäre getroffen worden. Als Hilfsperson gelten demnach auch selbständige Gewerbetreibende, denen der Schuldner die Ausführung der von ihm übernommenen Leistung überträgt¹⁴⁸. Überträgt der Dentist z.B. die Herstellung einer Prothese an einen Dritten,

142 Loeffler, S. 103

143 Loeffler, S. 108 Anmerkung 26 – Der Assistenzarzt steht auch bei “völlig selbständiger Durchführung einer gewissen Behandlung ... trotzdem unter der Leitung und Aufsicht des Arztes, der jederzeit eingreifen kann.”

144 Ott, S. 66

145 vgl. BGE 92 II 19, Loeffler, S. 103 ff.

146 Loeffler, S. 106

147 vgl. von Tuhr/Escher II, S. 124: “Das scheint mir ein Sonderrecht zu sein, welches nur für den Beauftragten gilt mit Rücksicht darauf, dass er nach Art. 404 jederzeit kündigen und daher durch Übertragung des Geschäftes an einen Dritten dem Auftraggeber einen Gefallen erweist.”

148 von Tuhr/Escher II, S. 125, vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 219 f.

Zahntechniker, so werden dessen Arbeiten, als Handlungen seiner Hilfsperson nach Art. 101 OR qualifiziert.

1.2.1. Erlaubte Substitution

Hier haftet der Zahnarzt nach Art. 399 II OR i.V. mit Art. 398 III OR:

“nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten.”

Im Gegensatz zur Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR) haftet der Zahnarzt hier nicht auch für die nötige Überwachung. Nach Art. 398 III OR ist der Zahnarzt zur Übertragung seiner Aufgaben an einen Dritten nur dann berechtigt, wenn er:

a. Zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt ist

Dies ist dann der Fall, wenn der Zahnarzt die weitere Behandlung einem anderen, unabhängig von ihm praktizierenden Berufskollegen übergibt oder zur Abklärung bestimmter Fragen einen zahnärztlichen Spezialisten herbeizieht¹⁴⁹.

b. Durch die Umstände genötigt ist

Dies ist z.B. der Fall, wenn der Zahnarzt sich aus körperlichen, psychischen oder geistigen Gründen ausserstande fühlt, die begonnene Arbeit zu beenden. Dann muss er schnellstens einen Partner beiziehen. Diesfalls haftet er, wie schon erwähnt, nur für die nötige Wahl und Instruktion seines Partners.

c. Übungsgemäss zu einer Vertretung als ermächtigt betrachtet wird

Wenn der Zahnarzt während seiner Ferienabwesenheit einen Vertreter engagiert, so ist diese Vertretung als zulässig zu betrachten.

1.2.2. Unerlaubte Substitution

Unbefugte Substitution liegt immer vor, wenn eine Substitution infolge mangelnder Voraussetzungen nicht als erlaubt angesehen werden kann. Liegt ein Fall von unbefugter Substitution vor, so haftet der Zahnarzt nach Art. 399 I OR “für dessen Handlungen, wie wenn es seine eigenen wären”.

149 Guhl/Merz/Kummer, S. 462 f.

1.3. Voraussetzungen für die Haftung der Hilfsperson nach Art. 101 OR

1.3.1. Schaden

siehe Seite 64 ff.

1.3.2. Adäquater Kausalzusammenhang

siehe Seite 68 ff.

1.3.3. Vertragsverletzung

siehe Seite 67

1.3.4. Hilfsperson

Jedermann, der eine Schuldpflicht erfüllt, kann eine Hilfsperson sein. Nach dem Bundesgericht kann eine Hilfsperson sein, wer “mit Wissen und Willen der Schuldnerin bei der Erbringung der Vertragsleistung tätig war”¹⁵⁰.

Zudem kann aus diesem Entscheid geschlossen werden, dass kein Subordinationsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und seiner Hilfsperson im Sinne von Art. 55 OR nötig ist, um von einer Hilfsperson sprechen zu können. Der klassische Fall einer Hilfsperson ist in unserem Falle die Zahnarztgehilfin, der Assistent und die Dentalhygienikerin.

1.3.5. Geschäftsherr

Dieser ist in unserem Falle derjenige Zahnarzt, unter dessen Namen die Praxis geführt und geleitet wird.

1.3.6. In Ausübung einer dienstlichen Verrichtung

Immer wird z.B. eine Zahnarztgehilfin dann als Hilfsperson zu behaften sein, wenn der Schaden auf Arbeiten beruht, die während ihrer Arbeitszeit in der Zahnarztpraxis und in einem direkten Zusammenhang mit ihrer eigentlichen Arbeitstätigkeit vorgenommen wurden, wenn also ein räumlicher, zeitlicher und funktioneller Zusammenhang zwischen der Handlung der Hilfsperson und dem Schaden besteht. Funktionell bedeutet hier, dass die schädigende Handlung zugleich eine Nichterfüllung oder schlechte Erfüllung der Vertragspflicht des Geschäftsherrn gegenüber dem Patienten darstellt¹⁵¹.

150 BGE 70 II 220

151 vgl. Ott, S. 67

1.3.7. *Fehlender Exculpationsbeweis*

Das Verhalten der Hilfsperson wird dem Geschäftsherrn als sein eigenes angerechnet. Der Zahnarzt haftet also immer dann, wenn er anstelle der Hilfsperson gehandelt hätte und ihm dabei ein Verschulden vorgeworfen werden könnte¹⁵². Ohne Bedeutung ist deshalb, ob die Hilfsperson ein Verschulden treffe. Es gilt:

“der Grundsatz, dass der Geschäftsherr für die Sorgfalt einzustehen hat, die sein Vertragspartner von ihm selbst erwarten darf¹⁵³.”

Somit kann sich der Zahnarzt nur dann von der Haftung befreien, wenn er nachweist, dass das Verhalten ihm selbst nicht als Verschulden angelastet werden kann¹⁵⁴.

2. *Besonderes*¹⁵⁵

Es werden einzelne Fälle aufgezeigt, bei welchen eine Haftung des Zahnarztes für seine Hilfspersonen oder Substituten gegeben ist.

2.1. *Unbefugte oder fehlerhafte Arbeitsausführung*

Überlässt der Zahnarzt seiner Gehilfin eine Arbeit, welcher sie nicht gewachsen ist¹⁵⁶, nimmt sie diese aus Übereifer vor oder führt sie eine Arbeit falsch aus, so haftet der Dentist für den von ihr verursachten Schaden, denn in diesen Fällen hat er seine Instruktions- oder Überwachungs-Pflicht vernachlässigt.

Beispielsweise berichtet Guddat¹⁵⁷ von einem Fall, bei welchem hochkonzentrierte Salzsäure, durch die Helferin des Zahnarztes, anstelle der verlangten 2%igen Novocain-Suprareninlösung, in die Spritze aufgezogen wurde. Die Folgen davon waren ausgedehnte Schleimhautnekrosen und Knochensequestration sowie Lähmungserscheinungen des nervus infraorbitalis.

Eine Untersuchung des Herganges ergab, dass die Salzsäure nicht vorschriftsgemäss aufbewahrt worden war. Der Zahnarzt war demnach seiner Überwachungspflicht nicht nachgekommen.

152 BGE 92 II 239

153 BGE 92 II 241

154 deshalb liegt auch eine Verschuldenshaftung und keine Kausalhaftung vor, Guhl/Merz/Kummer, S. 219, a.M. Oftinger I, S. 20

155 vgl. Deschenaux SÄZ Nr. 3 (19. Januar 1977), S. 38

156 Blätter für Zahnheilkunde, Jahrgang 1971, Zürich, Juli 1956, S. 120/121

157 Guddat, S. 73

2.2. *Unbefugte Arbeitsunterlassung*

Befiehlt der Zahnarzt seiner Hilfskraft eine Arbeit und unterlässt sie diese, so hat der Zahnarzt ebenfalls für diese Unterlassung zu haften, da dieser seinen Überwachungspflichten nicht nachgekommen ist.

2.3. *Praxisvertretung*

Hat der Zahnarzt einen Vertreter für die Ferienzeit angestellt, so haftet er nach Art. 399 II OR nur, wenn er die nötige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Vertreters vermissen liess¹⁵⁸. Dies scheint mir billig, da dem Vertreter des Zahnarztes eine selbständige Arbeitserledigung mit Wissen und Willen des Zahnarztes und des Patienten obliegt. Ausgeschlossen ist dann natürlich auch die Praxisvertretung durch einen Medizinstudenten¹⁵⁹, welchem m.E. für solche selbständige Aufgaben die nötige Qualifikation fehlt (entgegen den Meinungen von Loeffler und Ott¹⁶⁰, welche sich der Ansicht Schnyders¹⁶¹ anschliessen), was bei der Auswahl des Substituten allenfalls als Sorgfaltspflichtverletzung nach Art. 399 II OR zu werten ist. Dabei wird verkannt, dass der Patient von der Abwesenheit des Zahnarztes Kenntnis hat und durch die Verpflichtung des Zahnarztes zur sorgfältigen Auswahl des Vertreters ausreichend geschützt wird. Den tatsächlichen Verhältnissen wird man nicht gerecht, wenn der Zahnarzt für eine nötige Überwachung haften muss, was bei der Unterstellung des Vertreters unter Art. 101 OR der Fall sein müsste, dies aber infolge Ferienabwesenheit des Arztes eine Sache der Unzumutbarkeit ist. Umso strenger muss demnach das Kriterium der Sorgfalt bei der Auswahl und Instruktion des Vertreters angesetzt werden.

Bei der Behandlung eines Patienten unter Vollnarkose, welche aber durch einen Fachanästhesiologen durchgeführt wird, haftet der Zahnarzt nur für die sorgfältige Auswahl und Instruktion des Anästhesiologen, da hier eine erlaubte Substitution vorliegt¹⁶².

158 ebenso von Tuhr/Escher, S. 124 Anmerkung 14b

159 ZR 52 (1953) Nr. 207, S. 353 ff.

160 vgl. Ott, S. 69 und Loeffler, S. 108 f. (eher kritisch)

161 Schnyder, SJZ 51/1955, S. 105 ff.

162 vgl. Guddat, S. 61 f.

V. Wegbedingung der Haftung

1. Wegbedingung der Haftung des Zahnarztes für eigenes Verschulden

1.1. Beim Auftrag

Nach Art. 100 I OR kann die Haftung des Zahnarztes nur für leichtes Verschulden wegbedungen werden, dagegen nicht für Absicht und grobe Fahrlässigkeit. Aber auch den Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit kann nach Art. 100 II OR der Richter nach freiem Ermessen als zulässig erklären, wenn

“die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt”.

Ob die Beschränkung der Haftung zulässig ist, hängt demnach vom Ermessen des Richters ab, da die Tätigkeit des Zahnarztes auch als obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe betrachtet werden muss¹⁶³. Der Wegbedingung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit steht aber die im Auftragsrecht postulierte Sorgfaltspflicht entgegen. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung wird Art. 398 als *lex specialis* dem Art. 100 OR vorgezogen und kann durch Parteiabrede nicht gemildert werden¹⁶⁴. Wer sich einem Zahnarzt zur Behandlung übergibt, muss immer damit rechnen können, dass er mit aller Sorgfalt behandelt wird. Loeffler meint daher zu Recht, dass die Wegbedingung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit hier einen Verstoß gegen die guten Sitten nach Art. 20 OR darstellt¹⁶⁵.

1.2. Beim Werkvertrag

Hier stellt sich grundsätzlich die gleiche Problematik wie beim einfachen Auftrag. Ist die Wegbedingung der Haftung nach Art. 100 II OR trotz Art. 364 I OR zulässig?

Der Unterschied des Werkvertragsrechtes gegenüber dem Auftragsrecht zeigt sich u.a. darin, dass der Beauftragte den Auftrag getreu und sorgfältig auszuführen hat, ohne für den Erfolg einstehen zu müssen, währenddessen der Unternehmer für den Erfolg des Werkes einzustehen hat. Schadenersatz kann der Patient beim Werkvertrag aber nur dann vom Zahnarzt für den ausgebliebenen Erfolg fordern, wenn diesen ein Verschulden trifft (Art. 368 I OR).

Im Falle der Verletzung der Gewährleistungspflicht des Zahnarztes bei Verschulden, wie auch bei nicht gehöriger Erfüllung nach Art. 97 ff. OR kann Art. 100 OR

163 Loeffler, S. 110 f., von Tuhr/Escher, S. 119 f.

164 ebenso Loeffler, S. 110 ff., Ott, S. 65, Gautschi, einfacher Auftrag, Art. 395 N 73

165 Loeffler, S. 110 ff.

zur Anwendung gebracht werden. Nach Art. 100 II OR hat der Richter die Möglichkeit, die Wegbedingung der Haftung für leichtes Verschulden aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes¹⁶⁶ als nichtig zu erklären. Bei der werkvertraglichen Wegbedingung der Haftung für leichtes Verschulden kann nicht von einem Verstoss gegen die guten Sitten gesprochen werden. Da dieses Recht einerseits eine Erfolgsgewährleistungspflicht ohne Verschulden (Art. 368 OR) des Zahnarztes und ein jederzeitiges Rücktrittsrecht (Art. 377 OR) des Patienten kennt, anderseits für den Patienten Nachteile entstehen können, welche aber niemals eine übermässige Beschränkung der persönlichen oder wirtschaftlichen Freiheit bringen. Aus diesen Gründen muss hier die Möglichkeit der Wegbedingung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit m.E. grundsätzlich zugelassen werden.

2. *Wegbedingung der Haftung des Zahnarztes für Handlungen seiner Hilfsperson*

Nach Gesetz kann die Hilfspersonenhaftung für Tätigkeiten, welche sich aus der Verantwortung eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes ergeben, nur für leichte Fahrlässigkeit wegbedungen werden (Art. 101 II und III OR). Die Arbeit des Zahnarztes stellt eine obrigkeitlich konzessionierte Tätigkeit dar¹⁶⁷. Der Schuldner, der Zahnarzt, hat für das Handeln seiner Hilfsperson einzustehen, erfolge es befugter- oder unbefugterweise¹⁶⁸. Das Handeln der Hilfsperson wird dem Zahnarzt als eigenes Handeln angerechnet. Er haftet demnach nicht kausal, sondern aus Verschulden¹⁶⁹. Eine Wegbedingung der Haftung des Zahnarztes ist von Gesetzes wegen beim gewöhnlichen Heilauftrag für leichtes Verschulden ausgeschlossen (Art. 100 II i.V.m. Art. 398 und Art. 20 I OR).

Deshalb muss auch konsequenterweise der Ausschluss der Haftung des Zahnarztes für leichte Fahrlässigkeit der Hilfsperson ausgeschlossen sein, da von den Handlungen der Hilfsperson als von denjenigen des Geschäftsherrn ein Verschulden zu beurteilen ist, aber ja gerade hier eine Wegbedingung der Haftung als unsittlich empfunden wird¹⁷⁰. Demgegenüber muss aus denselben Gründen beim Werkvertragsrecht eine Wegbedingung der Haftung für leichtes Verschulden der Hilfsperson erlaubt sein.

166 vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 218

167 vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 220

168 Guhl/Merz/Kummer, S. 219

169 gl.M. Loeffler, S. 114, aber nur für das unbefugte Handeln einer Hilfsperson

170 Ott, S. 68, liess diese Frage offen, doch neigt er m.E. andeutungsweise zu einer ähnlichen Haltung.

§ 2 Schaden

I. Begriff

“Schaden ist eine Vermögensverminderung¹⁷¹.” Damit wird ausgedrückt, dass die Verletzung der persönlichen Rechtsgüter, sofern das Vermögen nicht mitbeeinträchtigt wird, im Sinne des Gesetzes keinen Schaden darstellt¹⁷², sondern eine immaterielle Unbill.

Im Falle der bei immaterieller Unbill zu leistenden Geldsumme muss der Haftpflichtige keinen Schadenersatz, sondern eine Genugtuung leisten. Weitere Voraussetzung, um von einem Schaden sprechen zu können, bildet die Forderung, dass die Vermögensverminderung “gegen oder wenigstens ohne den Willen des Vermögensherm eintritt”¹⁷³. Die Vermögensminderung lässt sich somit umschreiben als die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte¹⁷⁴.

Beim Zahnarzt wird der Schaden, je nachdem, ob Auftragsrecht oder Werkvertragsrecht zur Anwendung gelangt, entweder im ausgebliebenen Erfolg zu sehen sein, oder in der Differenz des mutmasslichen Zustandes des Auftraggebers, den er bei sorgfältiger Behandlung haben würde und dem Zustand, den er im Zeitpunkt der Schadensberechnung innehat.

II. Arten

1. *Damnum emergens und lucrum cessans*¹⁷⁵

Als *lucrum cessans* wird der entgangene Gewinn (Nichtvergrösserung der Aktiven oder Nichtverminderung der Passiven) bezeichnet, wenn z.B. durch fahrlässiges Handeln des Zahnarztes die Wund-Heilung nach der Operation an einem Mannequin unnütz verzögert wird und diese Frau mit genügender Wahrscheinlichkeit¹⁷⁶ verhindert ist, deswegen neue Vorführverträge abzuschliessen. Als *damnum emergens* wird der Schaden bezeichnet, der “durch Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven entstanden ist”¹⁷⁷. Diese Schadensart liegt in der Mehrzahl aller zahnärztlichen Haftpflichtfälle vor. Wurde ein Patient am Mundboden durch den Bohrer des Zahnarztes während einer Behandlung aus Unachtsamkeit verletzt, so wird der dann eintretende Schaden als *damnum emergens* bezeichnet.

171 Oftinger I, S. 53

172 von Tuhr/Peter I., S. 83 f.

173 von Tuhr/Peter a.a.O.

174 Oftinger I, S. 54

175 Oftinger I, S. 55 ff.

176 Oftinger I, S. 56

177 Oftinger I, S. 55

Der Unterschied zwischen diesen beiden Schadensarten beruht darauf, "dass in einem Fall das Zeitmoment berücksichtigt wird, im anderen nicht, indem man, je nachdem, mit einer künftigen, durch das schädigende Ereignis verhinderten oder verminderten Vermögensvergrößerung rechnet"¹⁷⁸.

2. *Unmittelbarer und mittelbarer Schaden*

Als unmittelbarer Schaden wird derjenige bezeichnet, der sich ohne Unterbruch nahtlos in der Kausalkette an das schädigende Ereignis anschliesst. Verletzt der Zahnarzt eine Person, so werden als unmittelbare Schäden u.a. die Transportkosten (vom Zahnarzt zur zahnärztlichen Klinik im Privatwagen des Patienten), die Behandlungskosten (in der Klinik selbst) und die Erholungskosten berechnet.

Der mittelbare Schaden entsteht nach M. Keller: "wenn das Schadensereignis seinerseits andere schädigende Ereignisse herbeiführt oder wenn es Massnahmen verhindert, die Gewinn einbringen oder Schaden verhindern"¹⁷⁹.

Als Beispiel diene hier die verletzungsbedingte, infolge Arbeitsunfall erlittene Vermögenseinbusse. Mittelbarer Schaden ist immer *lucrum cessans*. Der Zahnarzt hat dem Geschädigten sowohl den mittelbaren als auch den unmittelbaren Schaden zu ersetzen¹⁸⁰.

3. *Personen-, Sach- und sonstiger Schaden*

Personenschaden ist die Folge der Tötung oder Körperverletzung eines Menschen, während Sachschaden immer dann vorliegt, wenn eine Sache verloren, beschädigt oder zerstört wurde. Als sonstiger Schaden lässt sich diejenige Vermögensverminderung bezeichnen, welche weder durch Tötung noch durch Körperverletzung, noch durch Beschädigung, Zerstörung oder Verlust einer Sache entstanden ist. Hierunter fallen u.a. Patent-Verletzungen und unerlaubter Wettbewerb, auf welche hier aber nicht näher einzugehen ist¹⁸¹.

178 Oftinger I, a.a.O.

179 M. Keller, Tafel 14

180 Oftinger I, S. 60

181 Oftinger I, S. 61

III. Schadenersatz

Mit dem Schadenersatz wird ein erlittener Schaden wiedergutmacht. Nach Oftinger ist der Schadenersatz: "die (völlig oder teilweise) Wiedergutmachung des Schadens durch einen andern mittels möglichst annähernder (völliger oder teilweiser) wertmässiger Wiederherstellung des wirtschaftlichen Zustandes vor dem schädigenden Ereignis¹⁸²."

IV. Kasuistik

Fall 1: Versicherungsfall

Anlässlich einer Wurzelbehandlung entglitt dem Zahnarzt der Wurzelkanalbohrer, fiel in den Rachen des Patienten und wurde von ihm verschluckt. Der Bohrer musste operativ entfernt werden.
Schadenaufwand: Fr. 12'000.—.

Fall 2: Versicherungsfall

Nach der operativen Entfernung eines Zahnes im Unterkiefer wurde der benachbarte Zahn aus Fahrlässigkeit nicht behandelt, obwohl auch seine Wurzel erkrankt war. Schliesslich musste auch dieser Zahn gezogen werden, da es für eine Wurzelbehandlung zu spät war.

Fall 3: Versicherungsfall

Bei der Extraktion eines Zahnes rutschte dem Zahnarzt die Zange aus. Dabei wurden zwei Zähne frakturiert. Eine prothetische Versorgung wurde notwendig.

Fall 4: Versicherungsfall

Einer Patientin wurde der Weisheitszahn im rechten Unterkiefer operativ entfernt. Dabei kam es zu einer Verletzung des nervus lingualis, eines zur Zunge führenden Nervs, wodurch die Patientin den Geschmackssinn verloren hat.

Fall 5: Versicherungsfall

Einem 35jährigen Arbeiter musste ein grösseres Knochenhautgeschwulst sowie ein tiefgelagerter Weisheitszahn im Unterkiefer rechts operativ entfernt werden. Dabei kam es zum Bruch des rechten Unterkiefers.

Fall 6: Versicherungsfall

Beim Abschleifen eines Zahnes rutschte das Schleifrad ab und schnitt in die Speicheldrüse und in die Zunge. Da die Verletzung der Speicheldrüse nur schlecht abheilte, besteht die Gefahr, dass sich an dieser Stelle ein Krebs entwickelt.

Fall 7: Versicherungsfall

Bei der Abdrucknahme zur Herstellung einer Prothese fielen Spritzer der Abdruckmasse auf das Jackett und die Krawatte des Patienten. Jackett und Krawatte mussten einer chemischen Reinigung unterzogen werden.

§ 3 *Vertragsverletzung*

Wie wir schon gesehen haben, obliegen dem Zahnarzt die verschiedensten Pflichten zur Erfüllung seines Vertrages.

Eine Vertragsverletzung liegt vor, wenn ein nur objektiver¹⁸³ Verstoss gegen die zahnärztliche Sorgfaltspflicht (Art. 398 II OR), eine Nichterfüllung oder eine nicht gehörige Erfüllung des Vertrages vorliegt (Art. 97 OR). Die Vertragsverletzung ist die vergleichbare Voraussetzung bei der Haftung aus Vertrag, welcher die Widerrechtlichkeit bei der Haftung des Zahnarztes aus unerlaubter Handlung entspricht. "In der Vertragsverletzung liegt die Widerrechtlichkeit¹⁸⁴."

Sie allein kann keinen Schadenersatzanspruch bedingen, nur im Zusammenhang mit den anderen Voraussetzungen ist ein solcher gegeben. In den meisten zahnärztlichen Haftpflichtfällen liegt ein solcher Verstoss gegen vertragliche Normen dann vor, wenn ein Schaden durch eine Körperverletzung verursacht wurde. Da bei jeder Körperverletzung als Beeinträchtigung der körperlichen Integrität ein Verstoss gegen ein subjektives, absolutes Recht¹⁸⁵ vorliegt, muss demnach auch eine Vertragsverletzung gegeben sein.

183 Gautschi, einfacher Auftrag, Art. 398 N 23b, subjektive Kriterien fallen hier ausser Betracht.

184 Oftinger I, S. 49; Gautschi, einfacher Auftrag, Art. 398 N 23b

185 Oftinger I, S. 130

§ 4 Kausalzusammenhang

I. Begriff

Unter dem Begriff Kausalzusammenhang wird die Beziehung von Ursache und Wirkung verstanden¹⁸⁶, zwischen Schadenursache und dem Schaden.

1. Natürlicher Kausalzusammenhang

Damit ein Schaden entsteht, muss eine Ursache vorhanden sein, welche wirklich den Schaden bewirkt hat. Unter natürlichem Kausalzusammenhang wird die notwendige, tatsächliche, naturwissenschaftliche Beziehung zwischen Schadensursache und Schaden verstanden¹⁸⁷.

Beispiel:

Ein Zahnarzt verursacht eine Körperverletzung beim Zähnereinigen. Ursache ist einerseits eine Unachtsamkeit, andererseits sind es auch die Eltern welche den Zahnarzt gezeugt haben. Ohne Eltern keinen Zahnarzt, ohne Zahnarzt keinen Schaden. Der natürliche Kausalzusammenhang ist immer dann zu bejahen, wenn eine Ursache nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Schaden entfiel¹⁸⁸. Da ein Einbezug aller Schadensursachen für die Anknüpfung der Haftung im naturwissenschaftlichen Sinne unsinnig wäre, müssen Kriterien der Auswahl für diejenigen Ursachen gefunden werden, welche den Schaden wirklich verursachten.

2. Adäquater Kausalzusammenhang

Darunter ist eine Auswahl natürlicher Schadensursachen zu verstehen, welche die Haftung vernunftsgemäss begrenzen¹⁸⁹. Der adäquate (angemessene) Kausalzusammenhang ist der juristisch relevante Zusammenhang zwischen Schadensursache und dem Schaden. Nach ständiger Rechtsprechung und Lehre¹⁹⁰ ist eine Schadensursache haftungsbegründend, wenn sie "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, so dass der Eintritt dieses Erfolges als durch die fragliche Ursache wesentlich begünstigt erscheint"¹⁹¹.

186 Oftinger I, S. 70

187 Guhl/Merz/Kummer, S. 60 f.

188 A. Keller, S. 47

189 Oftinger I, S. 74, dieser spricht in diesem Zusammenhang vom Zweck der Adäquanz

190 A. Keller, S. 52 f. spricht von einem Modestück dieser Rechtsfigur, da heute "bei alltäglichen Abläufen die Adäquanz" bestritten wird.

191 Oftinger I, S. 73, vgl. auch BGE 103 II 244, vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 62

Die Funktion des Kausalbegriffes ist nach Oftinger eine doppelte: "Steht der Schaden als zurechenbar fest, so können die zurechenbaren Ursachen ermittelt werden; sind die zurechenbaren Ursachen abgesteckt, so lässt sich das zurechenbare Ausmass des Schadens bestimmen¹⁹²."

3. *Inadäquater Kausalzusammenhang*

3.1. *Der an sich inadäquate Kausalzusammenhang*

Eine Ursache ist dann inadäquat für den Schaden, "wenn nach dem allgemeinen Kriterium der Adäquanz der Kausalzusammenhang vorweg fehlt"¹⁹³.

Der Zahnarzt haftet nicht für den Schaden, wenn nach einer telefonischen Terminvereinbarung eine Patientin auf dem Weg zur Praxis von einem Auto angefahren wird. Der juristische Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Zahnarztes und dem Unfall der Patientin ist nicht gegeben. In diesem Falle wird von einem "an sich inadäquaten Kausalzusammenhang"¹⁹⁴ gesprochen.

3.2. *Unterbrechung eines adäquaten Kausalzusammenhanges*

Ein weiterer häufiger Fall der Inadäquanz ist dann gegeben, wenn eine adäquate Ursache durch Setzung einer neuen Ursache zu einer inadäquaten verdrängt wird¹⁹⁵. Man spricht diesfalls von einer Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhanges.

Beispiel:

Der Zahnarzt gibt dem Patienten nicht das beste Mittel zur Wundheilung nach einem chirurgischen Eingriff. Der Patient hält sich aber überhaupt nicht an dessen Anweisungen und verhindert somit eine Heilung.

Obwohl der Eingriff des Zahnarztes für die Verursachung der Wunde ursächlich war (natürlicher Kausalzusammenhang) und das Medikament möglicherweise eine schnelle Wundheilung verhinderte (adäquater Kausalzusammenhang), wird die adäquate Ursache durch das krasse Nichtbefolgen der Verhaltensanweisungen des Dentisten diese Ursache zur inadäquaten verdrängen. Immer müssen diejenigen Ursachen, welche eine Adäquanz unterbrechen, eine gewisse Wesentlichkeit und Intensität innehaben¹⁹⁶.

192 Oftinger I, S. 74

193 Oftinger I, S. 108

194 M. Keller, Tafel 43

195 vgl. A. Keller, S. 57 ff.

196 M. Keller, Tafel 39a

Die Unterbrechungsgründe können in drei Gruppen unterteilt werden:

3.2.1. *Höhere Gewalt*¹⁹⁷

Wird definiert als "unvorhergesehenes, aussergewöhnliches Ereignis, das mit unabwendbarer Gewalt von aussen hereinbricht"¹⁹⁸. Höhere Gewalt ist ein vom Verhalten des Menschen unbeeinflusster Zufall.

Beispiel:

Der Zahnarzt behandelt einen Patienten. Während der Behandlung stürzt das Haus infolge eines Erdbebens in sich zusammen.

3.2.2. *Schweres Selbstverschulden*¹⁹⁹

Darunter ist ein grob schuldhaftes Verhalten des geschädigten Patienten zu verstehen, welches so intensiv ist, dass eine andere adäquate Ursache verdrängt wird. Zur Veranschaulichung dienen die unter Seite 143 f. aufgeführten Beispiele.

3.2.3. *Drittverschulden*²⁰⁰

Verlangt wird ein Verschulden eines Dritten, welches so intensiv ist, dass es als adäquate Ursache des eingetretenen Schadens angesehen werden muss.

Beispiel:

Ein Zahnarzt verordnet ein wenig wirksames Heilmittel. In der Apotheke erhält der Patient ein anderes Medikament als auf dem Rezept verordnet wurde. Der Patient erleidet dadurch schwere Schädigungen am Körper. Die Ursache ist hier nicht auf die falsche Verordnung zurückzuführen, welche aber an sich harmlos ist, sondern auf die falsche Ausgabe des Medikamentes in der Apotheke.

197 vgl. Oftinger I, S. 118

198 M. Keller, Tafel 40

199 vgl. Oftinger I, S. 121, Loeffler, S. 41 ff.

200 M. Keller, Tafel 42

II. Beweis des adäquaten Kausalzusammenhanges

Die Beweislast für die Adäquanz trägt der klagende Geschädigte, also in der Regel der Patient. In nicht allen Fällen ist der adäquate Kausalzusammenhang eindeutig gegeben²⁰¹. Vor allem in der zahnärztlichen Praxis ist es zuweilen äusserst schwierig, den 100%igen Beweis der Adäquanz zu liefern. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung fordert deshalb für diesen Beweis keine allzu strengen Anforderungen²⁰².

Kann der Patient also behaupten, dass eine Heilung höchstwahrscheinlich bei richtiger Behandlung eingetreten wäre, darf der Richter, dem die freie Beweiswürdigung von Gesetzes wegen zusteht²⁰³, die Adäquanz nicht mangels 100%igen Beweises verneinen²⁰⁴. Diese ist solange zu bejahen, als die Gegenpartei nicht den Gegenbeweis, d.h. eine alternative, ernsthafte Möglichkeit, nämlich die der fehlenden adäquaten Kausalität, darlegt²⁰⁵. Der hier von Lehre und Rechtsprechung anerkannte Wahrscheinlichkeitsbeweis ist notwendig, um den geschädigten Patienten überhaupt die Möglichkeit einzuräumen, den schuldhaften Zahnarzt auf Schadenersatz belangen zu können.

III. Ursachenkonkurrenz

Mehrere Ursachen können in bestimmten Fällen für einen Schaden adäquat sein. Im Normalfall liegt aber nur eine alleinige adäquate Ursache vor. Wie aber ist zu entscheiden, wenn mehrere Ursachen einen Schaden adäquat bewirken? Die Teilursachen stehen zueinander in Ursachenkonkurrenz²⁰⁶. Möglich ist ein Zusammenwirken von Zufall, grobem Selbstverschulden oder Drittverschulden mit dem Verschulden des Zahnarztes. Der ganze Fragenkomplex Ursachenkonkurrenz wurde schon in der allgemeinen Literatur der zivilrechtlichen Haftung eingehend behandelt²⁰⁷. Beim Zahnarzt bestehen keine diesbezüglichen Besonderheiten.

201 vgl. Fall 1, Seite 72

202 Oftinger I, S. 80 f.: "Im Zweifel muss es genügen, wenn Erfolge der fraglichen Art normalerweise von einer Ursache wie der festgestellten bewirkt zu werden pflegen, oder wenn umgekehrt Ereignisse wie das zu beurteilende normalerweise Erfolge wie den fraglichen hervorrufen, so dass an andere Ursachen vernünftigerweise nicht wohl zu denken ist: sog. prima-facie-Beweis (Beweis auf ersten Anschein, Anschëinsbeweis). Er setzt voraus, dass der Ablauf typisch ist. Aufgrund der Lebenserfahrung betrachtet man den Kausalzusammenhang als gegeben (Res ipsa loquitur). Es tritt nicht eine Umkehrung der Beweislast ein, sondern dies ist ein Problem der Beweiswürdigung." Vgl. auch A. Keller, S. 64 f.

203 vgl. Kt. ZH ZPO § 148

204 ebenso Ott, S. 108

205 Oftinger I, S. 81

206 Oftinger I, S. 96 f.

207 vgl. Oftinger I, S. 96 ff., M. Keller, Tafel 22–35, von Tuhr/Peter I, S. 94 f.

IV. Kasuistik

Fall 1: Verletzungsbedingte Infektion²⁰⁸

“Patient wurde während der Behandlung an der Unterlippe verletzt. Er verlangte vom Zahnarzt Schadenersatz für die operative Entfernung der Bindegewebsentzündung, welche durch ein seiner Behauptung nach nicht genügend desinfiziertes, spitzes Instrument entstand. Die Klage wurde abgewiesen, da ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Bindegewebsentzündung und der zahnärztlichen Verletzung nicht vom Kläger bewiesen werden konnte.”

Fall 2: Lungenembolie nach einer Wurzelspitzenoperation²⁰⁹

“35jährige Patientin, die an einem Wurzelspitzenprozess litt, der durch Röntgenaufnahme vor der Operation bestätigt wurde. Die Resektion des rechten oberen kleinen Schneidezahnes verlief ohne Besonderheiten. Operationswunde wurde durch zwei Knopfnähte verschlossen. Patientin wurde unterwiesen, nach drei Tagen zur Wundkontrolle wieder zu erscheinen. Am Abend des darauffolgenden Tages stellte sich plötzlich Atemnot mit ausgesprochenem Lufthunger und Todesangstgefühl ein. Der zugezogene Hausarzt stellte eine Lungenembolie fest mit dem Befund eines Infarktes im Bereich des rechten Mittellappens. Der Krankheitsverlauf war ein schwerer und langwieriger. In der achten Woche traten stärkere Schmerzen im Bereich der rechten unteren Brustkorbpartie und rechtem Oberbauch auf. Punktion ergab keinen Hinweis für eitrige Rippenfellentzündung. Während dieser Zeit und anschliessend entwickelte sich eine Endokarditis mit sebrilen Temperaturen und beschleunigter BSG sowie anfallsweise auftretende Tachycardieanfälle. Nach zwölf Wochen Ausheilung. Die Operationswunde am Kiefer verheilte ohne besondere Verzögerung und Zwischenfälle. Die Lokalanästhesie wurde mit Novocain-Corbasil vorgenommen. Gutachten:

Aus der Vorgeschichte sowie dem Gesundheitszustand der Patientin im Augenblick des operativen Eingriffes sind Anhaltspunkte für eine Thrombose der unteren Hohl- und Beckenvenen nicht gegeben. Der zeitliche Zusammenhang zwischen operativem Eingriff und Auftreten der Embolie im Bereiche des rechten Mittellappens spricht mit geringer Wahrscheinlichkeit für einen ursächlichen Zusammenhang. Wieweit das gefässverengende Corbasil hier sich hat auswirken können, ist nicht feststellbar. Bei dem pathologischen Vorgang kann an eine aufgepfropfte Thrombusbildung und darauf erfolgende

208 Blätter für Zahnheilkunde, Jahrgang 17, Juli 1956, S. 120

209 Meyer, G., S. 29

Embolie gedacht werden. Ein fahrlässiges Handeln von seiten des Zahnarztes muss ausgeschlossen werden.”

Fall 3: Erblindung nach Zahnextraktion (RITTER)²¹⁰

“Bei der 35jährigen Patientin wird der linke obere kleine Backenzahn unter örtlicher Betäubung entfernt. Sogleich unter der zahnärztlichen Behandlung bemerkt die Frau, dass sich ein Schatten über ihr linkes Auge legt. Es kam ihr vor, als träte ihr das ganze linke Auge hervor. Sofort nach der Behandlung überwies der behandelnde Zahnarzt die Patientin an einen Augenarzt. Sie wurde dann später zweimal in einer Universitätsklinik operiert. Es handelt sich um Netzhautablösung des linken Auges mit nachfolgender völliger Erblindung. Von der Patientin wird Schadenersatzklage gegen den Zahnarzt erhoben, indem sie darauf hinweist, dass der Beklagte dreimal die Zahnzange hätte ansetzen müssen, um die Wurzel endlich entfernen zu können. Ferner spricht sie von einem dunklen Streifen, der sich an der Stelle zeigte, wo der Zahn entfernt worden war und der sich bis zum linken Auge hingezogen habe. Sie führt die Netzhautablösung auf die Extraktion des Zahnes zurück. Bei der Begutachtung dieses Falles ist allein die Klärung des Kausalzusammenhanges von Bedeutung. Aus übereinstimmenden Angaben in den Akten ergibt es sich, dass die Klägerin schon immer kurzsichtig, und zwar in hohem Grade, war. Die bei der augenärztlichen Untersuchung festgestellte Diagnose lautet: Netzhautablösung des linken Auges. Diese Ablösung der Netzhaut kann nur als Zufall bezeichnet werden. Ebenso hätte sie auch völlig spontan entstehen können. Das Entfernen des einen Zahnes wird als wenig wahrscheinlich angenommen. Die Erblindung erfolgte nach Blutung in das Augeninnere infolge Zerreißung des Netzhautzentrums. Da ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Entfernung des Zahnes und der aufgetretenen Netzhautablösung nicht als erwiesen gilt, muss die Klage abgewiesen werden.”

Fall 4: Starrkrampf und Exitus nach Extraktion²¹¹

“Die 23jährige Angestellte in einem Caféhaus hatte sich am 15. November 1971 einen Molaren entfernen lassen, war aber am selben Tage um 17.00 Uhr wieder im Café tätig und nahm gegen die Wundschmerzen noch Veronal-tabletten. Am 16. November 1971 um 17.30 Uhr brach sie in einem Milchladen zusammen und wurde in das Krankenhaus eingeliefert, wo sie bewusst-

²¹⁰ Meyer, G., S. 17

²¹¹ Karsten, S. 51

los war, Krämpfe hatte und zwei Stunden später starb. Es entstand der Verdacht und das Gerücht, dass der Zahnarzt irrtümlicherweise eine Strychninlösung als Betäubungsmittel eingespritzt haben könnte. Daher kam es zur gerichtlichen Leichenöffnung. Die Obduktion ergab eine Zahnextraktionswunde rechts unten und eine verkrustete Schürfstelle am rechten Zeigefinger. Es bestand eine völlig intakte Schwangerschaft im zweiten Monat. Die weiteren Untersuchungen erwiesen Wundstarrkrampf, ausgehend aber nicht von der Zahnextraktionswunde, sondern von der Verletzung am rechten Zeigefinger und aus der zugehörigen Achsellymphdrüse, nachgewiesen durch einen Tierversuch. Die Extraktionswunde war negativ. So brachte die Leichenöffnung mit den dazugehörigen Untersuchungen die Entlastung des Zahnarztes von schwerer Anschuldigung.”

Fall 5: Sepsis nach Exaktion²¹²

“Nach einer Exaktion kam es zur Sepsis, die, so behauptet der Patient, von einer nicht sterilen Kanüle herrührt. Da der Kläger den Beweis dieser Behauptung nicht erbringen konnte, wurde die Klage abgewiesen.”

2. Kapitel: Persönliche Voraussetzungen

§ 1 *Beim Subjekt der Haftpflicht (Zahnarzt): Verschulden*

I. Begriff

Das Verschulden des Dentisten ist eine weitere Voraussetzung dieser Haftungsart. Die Begriffe des Verschuldens im zivilrechtlichen und im strafrechtlichen Sinne sind nicht miteinander identisch²¹³. Man spricht im Haftpflichtrecht vom Verschulden als “Grundpfeiler des Schadenersatzrechtes”²¹⁴. Nach Oftinger bezeichnet man

“als Verschulden im Sinne des Zivilrechts ein menschliches Verhalten, das die Ursache eines Schadens darstellt und so tadelnswert angesehen wird, dass es die Haftbarmachung des Schädigers zu rechtfertigen vermag”²¹⁵.

Tadelnswürdig ist das entsprechende Verhalten, weil es nach unserem Rechtsordnungsmassstab einen Vorwurf erhalten muss. Verhalten bedeutet, dass sowohl eine Handlung, als auch eine Unterlassung die Ursache eines Schadens darstellen kann²¹⁶.

212 Karsten, S. 62

213 M. Keller, Tafel 52

214 Loeffler, S. 45

215 Oftinger I, S. 141

216 A. Keller, S. 74

II. Voraussetzungen und Arten des Verschuldens

1. Voraussetzungen

Um von einem Verschulden sprechen zu können, muss sowohl die Voraussetzung der objektiven, als auch der subjektiven Seite gegeben sein.

1.1. Subjektive Seite: Urteilsfähigkeit

Art. 16 ZGB:

“Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist ein jeder, dem nicht wegen seines Kindesalters oder infolge von Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.”

Art. 18 ZGB:

“Wer nicht urteilsfähig ist, vermag unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen durch seine Handlungen keine rechtliche Wirkung herbeizuführen.”

Urteilsunfähig ist demnach, wer aus obgenannten Gründen nicht die Möglichkeit hat, sein Verhalten durch die Vernunft leiten zu lassen. Diese Seite des Verschuldens ist in den allermeisten Fällen gegeben, da zum gültigen Abschluss eines Vertrages die Urteilsfähigkeit vorausgesetzt werden muss und der Zahnarzt zur Erreichung seiner Berufsqualifikation sich über eine ausreichende Urteilsfähigkeit auswies. Denkbar selten ist der Fall des psychisch erkrankenden Zahnarztes, dem dessen Urteilsfähigkeit abgesprochen werden muss, dennoch aber praktiziert, bis man durch einen schweren Schaden auf dessen Krankheitszustand aufmerksam wird. In diesem Falle besteht für den urteilsunfähigen Zahnarzt keine Haftung, da kein Verschulden vorliegt²¹⁷.

1.2. Objektive Seite: Abweichung vom Durchschnittsverhalten

Was unter Durchschnittsverhalten zu verstehen ist, wird auf S. 79 ff. erläutert.

²¹⁷ Beachte aber die Kausalhaftung nach Art. 54 OR, wonach ein Schadenersatzanspruch vom Richter dem Geschädigten aus Billigkeit zugesprochen werden kann.

2. *Arten*

Normalerweise genügt jede Art von Verschulden als Voraussetzung der Haftung. Die Schwere der Abweichung vom Normalverhalten hat erst bei der Schadenersatzbemessung seine Bedeutung²¹⁸. Man unterteilt das Verschulden in:

2.1. *Vorsatz*

Vorsatz ist “der auf den rechtswidrigen Erfolg gerichtete Wille”²¹⁹. Der Zahnarzt handelt demnach vorsätzlich, wenn er das, was durch Rechtsgeschäft oder Gesetz verboten ist, zu verwirklichen trachtet. Denkbare wäre eine wissentliche und willentliche Falschbehandlung durch den Zahnarzt, um eine Honorarerhöhung zu erreichen. Da in der täglichen Praxis die meisten Fälle der zivilrechtlichen zahnärztlichen Haftung durch fahrlässiges Verhalten verursacht werden, wird nicht mehr näher darauf eingetreten.

2.2. *Fahrlässigkeit*

2.2.1. *Begriff*

Fahrlässigkeit ist “das Ausserachtlassen derjenigen Sorgfalt, welche die Verkehrs-sitte von den mit dem Handelnden in gleichen erkennbaren Lebensverhältnissen stehenden Personen unter den erkennbaren konkreten Umständen fordert”²²⁰.

Sie kann in einem Tun oder Unterlassen von Massnahmen gesehen werden, zu deren Vornahme eine Pflicht bestand²²¹.

2.2.1.1. *Mangelnde Sorgfalt*

Eine erste Fahrlässigkeitsvoraussetzung ist dann gegeben, wenn vom Zahnarzt nicht die gebotene Sorgfalt aufgebracht wurde. Woran orientiert sich das Mass der Sorgfalt? Ausgangspunkt zur Beurteilung der Fahrlässigkeit ist immer “das Ausgehen von einem Durchschnittsstand von Sorgsamkeit von Aufmerksamkeit und Anspannung”²²².

218 Eine Ausnahme bildet Art. 41 II OR: für Unsittlichkeit wird nur bei Absicht gehaftet.

219 von Tuhr/Peter, S. 427

220 M. Keller, Tafel 56

221 Loeffler, S. 48

222 Oettinger I, S. 143

Massgebend ist diejenige Sorgfalt, welche gemeinhin von einem Vertreter dieses Berufsstandes verlangt werden muss²²³.

2.2.1.2. *Objektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffes*

Die heutige Lehre und Rechtsprechung gehen von einem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff aus²²⁴. Was bedeutet dies:

A. Irrelevanz subjektiver Entschuldbarkeit

Ob ein Verhalten unter den gegebenen Umständen verständlich erscheint, ist vom Richter nicht zu beachten. Massgebend bleibt allein, ob das schädigende Verhalten nach objektiven Kriterien eine Verletzung der von diesem Berufskreise geforderten Sorgfalt darstellt. Dies wird damit begründet, dass der Mensch "eine durchschnittliche Summe von moralischen, intellektuellen und physischen Eigenschaften, von körperlicher Geschicklichkeit und – sofern er sich mit einer entsprechenden Tätigkeit befasst – von beruflichen und technischen Fähigkeiten"²²⁵ zu garantieren hat. Nicht die in einem speziellen Berufskreise übliche Sorgfalt ist relevant, sondern die in diesem Berufskreise erforderliche Sorgfalt. Der Richter erhält somit die Möglichkeit, einer üblichen, aber ungenügenden Sorgfalt in einem Berufskreise entgegenwirken zu können²²⁶.

In letzter Konsequenz bedeutet eine solche Objektivierung, dass als ein Versagen ein "Verschulden zählt, wenn der Fehlbare alles getan hat, was ihm persönlich möglich war und ihm kein Willensfehler zur Last fällt"²²⁷. Der Zweck eines solchen objektivierten Fahrlässigkeitsbegriffes besteht in der Wahrung der Verkehrssicherheit. Die heutige technische Welt verlangt, dass der Einzelne sich auf ein Mindestmass von Sorgfalt des andern verlassen und vertrauen darf²²⁸.

B. Berücksichtigung der konkreten Umstände

Wie oben gezeigt, dürfen subjektive Momente nicht berücksichtigt werden. Dies verbietet aber nicht die Beachtung der konkreten erkennbaren und erkannten Um-

223 vgl. Karsten, S. 13

224 vgl. Oftinger, S. 143 ff., BGE 93 II 350

225 Oftinger, S. 143

226 Loeffler, S. 49

227 Oftinger I, S. 144: er spricht von einem Minimum von persönlichen Eigenschaften, auf die sich der Mensch im menschlichen Zusammenleben verlassen kann.

228 vgl. Oftinger I, a.a.O.

stände. Das Verhalten des Schädigers ist immer unter Umständen wie Ort, Zeit, Beruf, Geschlecht usw.²²⁹ zu betrachten, d.h. unter Momenten, welche nicht ein individualistisches, persönliches Merkmal subjektiver Natur beinhalten. Die Abklärung der Frage der Anwendung der notwendigen Sorgfalt unter den konkreten Umständen hat der Richter vom Standpunkt des Patienten vorzunehmen²³⁰. Der Patient hat Anspruch darauf, dass diejenigen Sorgfaltsmassnahmen getroffen werden, welche nach dem neuesten Stand der Wissenschaft und Technik von der gefahrenverursachenden Person im Rahmen des Zumutbaren erwartet werden können.

C. Voraussehbarkeit

Für den schädigenden Zahnarzt muss die Herbeiführung des Schadens erkennbar gewesen sein. Sie muss vom Zahnarzt nicht auch tatsächlich vorausgesehen sein. Es genügt, dass für den Schädiger objektiv die Möglichkeit bestand, die Herbeiführung des Schadens voraussehen zu können²³¹. Der Richter muss sich im nachhinein in die Situation eines "Durchschnittszahnarztes"²³² versetzen und von diesem Standpunkte die objektive Möglichkeit der Voraussehbarkeit prüfen. "Die Voraussehbarkeit muss sich nicht auf eine sichere Annahme stützen; die Wahrscheinlichkeit genügt²³³."

2.2.2. Arten der Fahrlässigkeit

Man unterscheidet zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit. Diese Unterscheidung wird vor allem im Hinblick auf die Bemessung des Schadenersatzes getroffen, und unter anderem ist sie für die Wegbedingung der Haftung von Bedeutung. Der Richter hat diese Unterscheidung nach freiem Ermessen zu fällen.

2.2.2.1. Grobe Fahrlässigkeit

Nach dem Bundesgericht handelt grobfahrlässig: "... wer jene elementarsten Vorichtsgebote ungeachtet lässt, die jeder vernünftige Mensch in der gleichen Lage und unter gleichen Umständen befolgen würde²³⁴."

229 A. Keller, S. 77

230 M. Keller, Tafel 57a

231 Oftinger I, S. 150

232 vgl. hinten S. 79 ff.

233 Oftinger I, S. 149

234 BGE 103 V 34

Das Unterscheidungskriterium findet sich da, ob ein Verhalten für Dritte “noch einigermassen verständlich” oder “schlechthin unverständlich” ist²³⁵.

2.2.2.2. *Leichte Fahrlässigkeit*

Dieser Begriff wird durch eine negative Umschreibung definiert. Leichte Fahrlässigkeit liegt dann vor, wenn diese nicht als grob bezeichnet werden kann. Sofern ein Verhalten Dritten gegenüber “passierbar” erscheint, darf man leichte Fahrlässigkeit annehmen²³⁶.

2.3. *Zahnärztliche Fahrlässigkeit*

2.3.1. *Allgemeines zur zahnärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung*

Um von einer zahnärztlichen Fahrlässigkeit sprechen zu können, muss eine Pflichtverletzung des Zahnarztes vorliegen. Welche Pflichten dem Zahnarzt aus dem Vertrag erwachsen, wurde vorstehend behandelt. Hat der Zahnarzt eine körperliche Sache, wie eine Prothese oder Brücke zu leisten, so kann man kaum von sorgfältiger oder unsorgfältiger Erfüllung sprechen²³⁷. Anders aber bei Arbeitsleistungen, welche ein immaterielles Arbeitsergebnis zum Gegenstand haben. “Da jeder Mensch sterben muss, ist der Kampf des Arztes gegen den Tod mit Sicherheit einmal erfolglos²³⁸.” Der Zahnarzt oder Arzt hat deshalb im Rahmen seines Heilauftrages nicht für den Erfolg einzustehen. Er unterliegt der Sorgfaltspflicht nach Art. 398 I und II in Verbindung mit Art. 321e II OR. Dieser Gesetzesartikel definiert das Mass an Sorgfalt folgendermassen:

“Dass Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsriskos, die zu der Arbeit verlangt werden sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen.”

Das Sorgfaltsmass lässt sich aber auch durch ein subjektives und ein objektives Kriterium bestimmen²³⁹. Das subjektive Kriterium setzt sich aus Bildungsgrad und

235 A. Keller, S. 86

236 A. Keller, a.a.O.

237 Gautschi, einfacher Auftrag, Art. 398 N 21b; trotzdem obliegen dem Unternehmer auch im Werkvertragsrecht gewisse Sorgfaltspflichten (Art. 364 I OR).

238 Gautschi, einfacher Auftrag, Art. 398 N 21c

239 Gautschi, einfacher Auftrag, Art. 398 N 24b

Fähigkeiten, also individuellen, persönlichen Anhaltspunkten zusammen, welche aber nach dem objektivierten Verschuldensbegriff zu versachlichen sind²⁴⁰.

Vom Zahnarzt als Vertreter eines wissenschaftlichen Berufes muss immer diejenige Sorgfalt verlangt werden, welche von einem "Durchschnittszahnarzt" erwartet werden muss. Doch dürfen von einem Spezialisten höhere Anforderungen verlangt werden als von einem allgemein praktizierenden Zahnarzt. Der Spezialist hat eine längere Ausbildung erhalten und wird gerade deswegen vom Patienten zur Behandlung ausgewählt²⁴¹.

Objektives Kriterium ist die Schwierigkeit und die Art der durch den Zahnarzt zu verrichtenden Arbeit. Der Zahnarzt als Vertreter eines wissenschaftlichen Berufes hat sich über seine beruflichen Fähigkeiten durch den staatlichen Befähigungsausweis qualifiziert. Das Bundesgericht verlangt daher von einer einen wissenschaftlichen Beruf ausübenden Person, dass sie z.B. keine groben Denkfehler begehe. Weiter wird verlangt, dass diese Personen das Wissensgut des betreffenden akademischen Berufes kennen und nach diesem Wissen ihre Fähigkeiten, Handlungen und Unterlassungen ausrichten²⁴².

2.3.2. *Arten der zahnärztlichen Sorgfaltspflichtverletzungen*

2.3.2.1. *Sorgfaltspflichtverletzungen allgemeiner Natur*

Alle diejenigen Pflichten des Zahnarztes sind hier einzuordnen, welche diesem einerseits aufgrund der vertraglichen Bindung gegenüber dem Patienten entstehen und andererseits von solch allgemeiner Natur sind, dass diese ebenso als Pflichten anderer beauftragter Personen aus irgendeinem Auftragsverhältnis erwachsen können, also eine fachspezifische zahnärztliche Berufsqualifikation keine Voraussetzung für dessen Entstehung bildet. Sorgfaltspflichtverletzungen allgemeiner Natur entstehen:

1. Bei der Ermittlung des Auftragsumfanges
2. Bei der Einholung der Einwilligung
3. Bei der Aufklärung
4. Bei der Rechenschaftsablegung

240 vgl. König, S. 53: "Die subjektiven Unterschiedlichkeiten der Individualitäten hinsichtlich ihrer ethisch-ärztlichen Lebensauffassung, ihrer mehr oder minder grossen Ängstlichkeit oder auch hinsichtlich ihres Alters finden keine entsprechende Berücksichtigung. Entscheidend ist vielmehr einzig und allein ein objektiver Wertmesser, der sich nach dem Verhalten der Allgemeinheit der Ärzteschaft richtet."

241 vgl. Loeffler, S. 53: "... der Kranke hat daher ein Anrecht auf besonderen Schutz ... Es tritt hier infolgedessen eine gewisse Individualisierung oder Relativierung des Verschuldensbegriffes ein, indem als Vergleichsmaßstab nicht ein 'Durchschnittsspezialist' oder der 'Durchschnittstypus des allgemein praktischen Arztes' gilt."

242 BGE 64 II 207

5. Bei der Fortbildung
6. Bei der Verschwiegenheit

2.3.2.2. *Sorgfaltspflichtverletzungen medizinischer Natur: Kunstfehler im weiteren Sinne*

Hierunter fallen sämtliche Verletzungen von fachspezifischen zahnärztlichen Sorgfaltspflichten. Welche Pflichten im Einzelnen hier als spezifisch zahnärztliche zu beurteilen sind, wird nachfolgend erörtert.

2.3.3. *Sorgfaltspflichtverletzungen medizinischer Natur: Kunstfehler im weiteren Sinne*

Jedermann, der sich mit der ärztlichen Haftpflicht befasst, kann sich einer Auseinandersetzung mit dem Kunstfehlerbegriff nicht entziehen. Im Zusammenhang mit der Haftpflicht des Zahnarztes muss eine diesbezügliche Erörterung den Kern einer solchen Arbeit bilden.

2.3.3.1. *Nach dem Verständnis der Mediziner*

Vom Arzt wird als Kunstfehler ein ärztliches Fehlverhalten bezeichnet, welches verschuldeter- oder unverschuldeterweise entstanden ist²⁴³. „Ärztliche Kunst ist vielfältig, individuell gestaltet und ohne scharfe Grenzen. Überall gibt es fließende Übergänge²⁴⁴.“

Hackethal bezeichnet auch als Kunstfehler aus ärztlicher Sicht, „wenn ein Eingriff ohne ausreichende Aufklärung, sowie ohne oder gar gegen den Willen eines Patienten stattfindet“²⁴⁵.

Ein solcher Begriff ist aber für den Juristen unbrauchbar, da sich aus einem solchen Kunstfehlerverständnis keine juristisch relevanten Schlussfolgerungen ziehen lassen²⁴⁶.

243 Hackethal, S. 40

244 Wachsmuth, KHA 1975, S. 422

245 Hackethal, S. 55

246 vgl. Ott, S. 120

2.3.3.2. *Nach dem Verständnis der Juristen*

A. Zweck

Der Kunstfehlerbegriff findet sich in der Literatur²⁴⁷, in Gutachten und gerichtlichen Entscheiden²⁴⁸. Da der Kunstfehler kein terminus technicus des Gesetzes ist, werden darunter die verschiedensten Ansichten subsumiert. Über die Herkunft des Wortes Kunstfehler sind keine klärenden Aufschlüsse zu erwarten, weil diese ebenso im Ungewissen liegen, wie dessen Anwendung²⁴⁹. Mit Loeffler ist davon auszugehen, dass Sinn und Zweck der Schaffung eines solchen Begriffes darin bestand, "alle möglichen Fälle typisch ärztlicher Fahrlässigkeit unter einem Sammelbegriff zu vereinigen. Unter Kunstfehler verstand man also zunächst einen kurzen zusammenfassenden Ausdruck ohne eigentliche technische Bedeutung. Erst später erhielt der Kunstfehler seine neue Funktion, wurde erst recht eigentlich zum Begriff; denn durch die Schaffung eines bestimmten, die Merkmale für die Existenz einer typisch ärztlichen Fahrlässigkeit in sich schliessenden Begriffes glaubte man, das Mittel gefunden zu haben, mit dessen Hilfe dem Richter eine einwandfreie Beurteilung des ärztlichen Verhaltens möglich sein sollte"²⁵⁰.

Das Problem entfaltet sich bei der Inhaltsbestimmung des Kunstfehlerbegriffes. Dies ist der Ausgangspunkt für die verschiedensten Meinungen, der Streitpunkt. Das Meinungsspektrum beginnt bei der Forderung nach Abschaffung dieses Begriffes²⁵¹ bis zur völligen Gleichsetzung des Kunstfehlerbegriffes mit der ärztlichen Fahrlässigkeit²⁵², womit der Kreis wieder geschlossen wäre. Dass der Kunstfehler aus dem Bedürfnis der Praxis zur Klärung der ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung entstand und weiter entwickelt worden ist, gibt seiner Existenz die Berechtigung. Zusammen mit den konkreten Umständen des Einzelfalles und unter Zuhilfenahme des aus der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kunstfehlerbegriffes kann der Richter zu einer gerechten und umfassenden Beurteilung eines möglichen pflichtwidrigen Handelns oder Unterlassens des Zahnarztes gelangen.

Würde der Verzicht auf einen solchen Begriff befürwortet, so müsste dem Richter letztlich die Entscheidung ohne Hilfsmittel überlassen werden, ob eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt. Wenn eine solche Entscheidung mit dem Hilfsmittel des Kunstfehlerbegriffes in vielen Fällen schon sehr schwierig ist, wie gestaltet sich dann die Schwierigkeit ohne Kunstfehlerbegriff? Die geforderte Abschaffung²⁵³ des Begriffes "des ärztlichen Kunstfehlers" ist deshalb abzulehnen.

247 u.a. König, S. 43 ff., Morgen, S. 143 ff., Berg, S. 31 ff., Gramberg/Danielsen, S. 3; dies nur als einige Beispiele

248 z.B. BGE 64 II 205 ...

249 Theissing, S. 198, Loeffler, S. 63 f.

250 Loeffler, S. 64

251 König, S. 43 ff.

252 Berg, S. 30 f. – "Das fahrlässige Verhalten des Arztes bezeichnet man als Kunstfehler".

253 König, S. 43 ff.

B. Begriff

Der Ausgangspunkt bildet die Definition von Virchow aus dem Jahre 1879: "Kunstfehler bedeutet eine fahrlässige Verletzung allgemein anerkannter Regeln der ärztlichen Wissenschaft²⁵⁴."

Ob in einer solchen Definition die Gleichsetzung von Kunstfehler mit einer fahrlässigen Verletzung erlaubt ist, bleibt bis heute umstritten²⁵⁵. Vorerst werden aber die einzelnen Elemente dieser Definition analysiert.

A.A. Allgemein anerkannte Regeln der ärztlichen Wissenschaft

Welches Verhalten des Zahnarztes gilt als regelwidrig oder regelkonform? M.E. muss davon ausgegangen werden, dass jedes zahnärztliche Verhalten ein von einer Regel bestimmtes oder verbotenes Handeln oder Unterlassen darstellen kann²⁵⁶. Der Begriff Regel kann in diesem Zusammenhang als Synonym zum Begriff Verhalten verstanden werden. Innerhalb der ärztlichen Wissenschaft gibt es ein sehr weites Spektrum von anerkannten Regeln der Wissenschaft. Es wäre unverantwortlich, dem Arzt oder Zahnarzt für einen speziellen Krankheitsfall ein genaues zum voraus bestimmtes Verhalten vorzuschreiben.

Damit würde jeglicher medizinischer Fortschritt verhindert und zudem könnte dem individuellen Umstände des Krankheitsfalles nicht genügend Rechnung getragen werden. Dem Arzt darf deshalb nicht ein "Korsett" angelegt werden, durch welches sein Ziel, die Heilung des Patienten, erschwert oder gar verunmöglicht wird. Dem ärztlichen Berufe muss deshalb eine freie Methodenwahl zugestanden werden. Hier liegt die Problematik des Kunstfehlerbegriffes.

Es lässt sich nicht generell bestimmen, welche Regel für diesen oder jenen Fall zur Anwendung gelangen soll. Der Begriff Regel umfasst hier demnach eine Mehrzahl von verschiedenen Methoden. Innerhalb eines solchen Methodenspektrums darf deshalb nicht von einem Regelverstoss gesprochen werden, wenn im konkreten Falle, trotz umfassender Sorgfalt des Zahnarztes, nicht die optimalste Methode aus diesem Spektrum ausgewählt wurde. Hier muss dem Arzt zwangsläufig ein ("folgenloser") Methodenirrtum zugebilligt werden zugunsten der höher zu bewertenden Interessen des medizinischen Fortschrittes und der Garantierung eines optimalen Heilungsverfahrens, welches dem einzelnen Patienten die grösstmögliche Chance zur Genesung bietet. So kann also trotz aller erforderlichen Sorgfalt ein Irrtum eintreten, welcher dem Arzte aus obgenannten Gründen nicht als Verschulden angerechnet werden darf. Hier hat der Arzt einen verschuldenslosen Raum, ob er richtig oder falsch handelt.

254 Virchow, R., S. 519 f.

255 Fahrlässigkeit beinhaltend: bejaht z.B. Theissing, S. 199; verneint z.B. Laufs, S. 75 f.

256 vgl. Loeffler, S. 66 f.

Wo liegt aber die Grenze zwischen einer anerkannten, aber trotzdem eigenwilligen Regel und einer nicht anerkannten Heilungsregel (sog. Aussenseitermethode)²⁵⁷?

- a. Als anerkannt ist eine Regel dann zu betrachten, wenn diese durch eine grosse Mehrheit der Zahnärzte in gleichen oder ähnlichen Fällen angewandt wird.
- b. Eine eigenwillige, aber trotzdem eine anerkannte Heilmethode liegt vor, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind²⁵⁸:
 - aa. Die Anwendung einer nicht anerkannten Regel hat eine grössere oder gleiche Erfolgsmöglichkeit auf Heilung (nur dann zugelassen, wenn dabei eine kleinere Gesundheitsgefährdung vorliegt), als die Anwendung einer allgemein anerkannten Regel der ärztlichen Wissenschaft und,
 - bb. Die Anwendung einer nicht anerkannten Regel bewirkt eine kleinere oder gleiche Gesundheitsgefährdung des Patienten (nur dann zugelassen, wenn dabei eine grössere Erfolgsmöglichkeit vorliegt) als bei der Anwendung einer anerkannten Regel der ärztlichen Wissenschaft.
- c. Nicht anerkannt sind alle zahnärztlichen Regeln, welche nicht als von der ärztlichen Wissenschaft anerkannt betrachtet werden und deren Anwendung durch die Ärzte ungebräuchlich ist.

B.B. Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft

Der Begriff Regelverstoß verlangt das Vorliegen eines Fehlers. Würde dies verneint, so wäre der Begriff Kunstfehler vom juristischen Standpunkt betrachtet, praktisch bedeutungslos, da ein solcher Begriff ohne Konturen bleiben müsste²⁵⁹. Um aber von einem Fehler sprechen zu können, ist das Vorliegen einer medizinischen Sorgfaltspflichtverletzung vorauszusetzen, eine Verletzung bei der Wahl des zahnärztlichen Verhaltens. Von einem Kunstfehler kann nur dann gesprochen werden, wenn bei der Regelauswahl aufgrund einer medizinischen Sorgfaltspflichtverletzung die Wahl auf eine nicht anerkannte Methode fällt. Wann eine solche medizinische Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt beurteilt sich nach den unter der zahnärztlichen Fahrlässigkeit aufgeführten Kriterien²⁶⁰.

257 vgl. Perret, S. 104, in das ärztliche Gutachten im Versicherungswesen 1968

258 vgl. Ott, S. 41 f.

259 vgl. S. 81 f.

260 vgl. S. 79 f.

2.3.3.3. *Arten des Kunstfehlers im weiteren Sinne*

A. Allgemeine medizinische Sorgfaltspflichtverletzung

Hier sind sämtliche fahrlässigen Handlungen und Unterlassungen eines Zahnarztes einzuordnen, welche zur Entscheidung der Diagnose oder der Heilmethodewahl beigetragen haben, oder welche bei der Durchführung der eigentlichen Heilbehandlung dem Dentisten anzulasten sind. Ereignen sich während des Diagnosestellungs- oder Heilmethodewahlprozesses Sorgfaltspflichtverletzungen, welche den eigentlichen Diagnoseentscheid oder die eigentliche Wahl der Heilmethode nicht beeinflussen, so muss eine allgemeine medizinische Sorgfaltspflichtverletzung, welche den Zahnarzt haftpflichtig werden lässt, nicht vorliegen, zumal wenn daraus für den Patienten kein Schaden entsteht.

A.A. Allgemeine medizinische Sorgfaltspflichtverletzung beim Diagnosestellungsprozess

Bis der Zahnarzt eine Diagnose stellen kann, muss er viele Abklärungen, Untersuchungen und Analysen vornehmen. Während dieser ganzen Zeit ist es möglich, dass dem Dentisten Fehler unterlaufen, welche als Sorgfaltspflichtverletzung zu betrachten sind.

B.B. Allgemeine medizinische Sorgfaltspflichtverletzung beim Heilmethodewahlprozess

Ebenso können auch hier dem Zahnarzt aus Fahrlässigkeit Fehler unterlaufen, welche den Entscheid der anzuwendenden Heilmethode beeinflussen. Er kann hier z.B. aus Unachtsamkeit gewisse Faktoren unberücksichtigt lassen, welche die Wahl der Heilmethode negativ beeinträchtigen.

C.C. Allgemeine medizinische Sorgfaltspflichtverletzung bei der Durchführung der Heilbehandlung

Trotzdem sich der Zahnarzt zu einer richtigen Heilmethode entschlossen hat, nachdem er die Krankheit richtig diagnostizierte, ist ein fahrlässiges Verhalten jederzeit bei der Durchführung der eigentlichen Heilbehandlung möglich. Hier ereignen sich auch die meisten Sorgfaltspflichtverletzungen.

B. Kunstfehler im engeren Sinne
(Spezielle medizinische Sorgfaltspflichtverletzung)

Von einem Kunstfehler im engeren Sinne kann nur gesprochen werden, wenn der Arzt sowohl bei der eigentlichen Diagnosestellung als auch bei der Wahl der Heilmethode, in welcher das sog. Übernahmeverschulden eingeschlossen ist, durch fahrlässiges Verhalten eine falsche Diagnose stellt oder sich zu einer falschen Heilmethode entscheidet. Zu beachten bleibt, dass hier die sog. allgemeine medizinische Sorgfaltspflicht massgeblich zu einer falschen Diagnoseentscheid oder zu einer falschen Heilmethodenwahl beigetragen haben könnte. Dies ist jedoch nicht zwingend. Möglich bleibt auch die Vornahme einer sorgfältigen Entscheidungsvorbereitung, welche aber dennoch die Stellung einer Fehldiagnose oder falschen Heilmethodenwahl nicht verhinderte, da während der Entscheidung an sich dem Zahnarzt ein fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden muss. Ein Kunstfehler i.e.S. ist demzufolge ein Verstoss gegen die anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft:

- a. bei falschem Diagnoseentscheid und/oder
- b. bei falscher Heilmethodenwahl.

2.3.3.4. Konsequenzen

Zugegebenermassen hat eine solche Unterscheidung des Kunstfehlers i.w.S. in einen Kunstfehler i.e.S. und in eine allgemeine medizinische Sorgfaltspflichtverletzung für die Beurteilung des Vorliegens einer zahnärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung eine eher geringe Bedeutung, da eine solch subtile Abgrenzung und Analyse des zahnärztlichen Verhaltens in vielen Fällen nicht nötig sein wird, da eine Sorgfaltspflichtverletzung augenscheinlich sein dürfte. Dennoch liegt die Bedeutung dieser Einteilung m.E. in folgenden Punkten:

1. Der Richter erhält dadurch ein Hilfsmittel anhand dessen, zusammen mit den konkreten Umständen, ein Verhalten des Zahnarztes auf seine Sorgfältigkeit nach bestimmten abgrenzenden Kriterien abgeklärt werden kann.
2. Mit Hilfe dieses Systems soll dem Richter die Beurteilung der Anzahl der einzelnen Sorgfaltspflichtverletzungen erleichtert werden. Die Zahl der einzelnen Sorgfaltspflichtverletzungen hat bei der Bemessung der Schwere des Verschuldens eine grosse Bedeutung. Die Feststellung des Verschuldensgrades ist Voraussetzung für die nachfolgende Schadenersatzbemessung.

Sorgfaltspflichtverletzungen

allgemeiner Natur

1. Bei der Ermittlung des Auftragsumfanges
2. Bei der Einholung der Einwilligung
3. Bei der Aufklärung
4. Bei der Rechenschaftsablegung
5. Bei der Fortbildung
6. Bei der Verschwiegenheit

medizinischer Natur: Kunstfehler i. w.S.

Kunstfehler im engeren Sinne

(allgemeiner Verstoss gegen die anerkannten Regeln der zahnärztlichen Wissenschaft)

1. Bei falschem Diagnoseentscheid
2. Bei falschem Heilmethodenwahlentscheid

Allgemeine medizinische Sorgfaltspflichtverletzung

(allgemeiner Verstoss gegen die anerkannten Regeln der zahnärztlichen Wissenschaft)

1. Beim Diagnosestellungsprozess
2. Beim Heilmethodenwahlprozess
3. Bei der Durchführung der Heilbehandlung

2.4. Beweislast für das Verschulden

Wer hat im Prozessfall die Folgen der Beweislosigkeit für das Verschulden zu tragen? Die Frage wird in dieser Form gestellt, weil bei Streitfällen zwischen dem Zahnarzt und seinem Patienten die grossen Probleme bei der Beweisbarkeit der vermeintlichen Sorgfaltspflichtverletzung oder des vermeintlichen Kunstfehlers liegen und immer derjenige die Konsequenzen zu tragen hat, dem dieser Beweis misslingt²⁶¹. Wem obliegt von Gesetzes wegen die Beweislast für das Verschulden beim Zahnarzt-Patienten-Vertrag? Nach Art. 97 OR wird bei einer Klage auf vertraglichen Schadenersatz des Zahnarztes das Verschulden des Zahnarztes praesumiert, vermutet, solange der Zahnarzt nicht den Beweis eines fehlenden Verschuldens erbringt, den sog. Exculpationsbeweis²⁶². Demgegenüber muss bei der aussservertraglichen Haftungsklage der Patient nach Art. 41 ff. OR den Verschuldensbeweis liefern. Das Verschulden wird deshalb bei der vertraglichen Haftung von Gesetzes wegen vermutet, weil die Existenz des Verschuldens aus dem Umstande, dass vertragswidrig gehandelt wurde, geschlossen werden kann²⁶³. Dem Patienten obliegt der Beweis des Vertrages, der Vertragsverletzung, des Schadens und des adäquaten Kausalzusammenhangs, während das Verschulden des Dentisten von Gesetzes wegen vermutet wird. Dem Zahnarzt steht der Exculpationsbeweis offen²⁶⁴.

Diese m.E. eindeutige gesetzliche Beweisregelung wurde aber trotz ihrer Unmissverständlichkeit von der Lehre in Frage gestellt²⁶⁵.

Schlechthin unverständlich bleibt, weshalb der Zahnarzt nicht gleich wie ein Rechtsanwalt oder jede andere, eine freiberufliche Tätigkeit ausübende Person behandelt werden soll. Trotz der Argumente, dass der Arzt sich häufig in Situationen befindet, welche Misserfolge seiner Tätigkeit nicht auszuschliessen vermögen, wo er zum Handeln verpflichtet sei²⁶⁶, oder dass in der ärztlichen Praxis der positive Beweis des sorgfältigen Handelns ex post oft nicht mehr zu erbringen sei, ist m.E. der Arzt besser, ja als Fachmann einzig in der Lage, die Wahrnehmung einer ausreichenden Sorgfalt zu beweisen. "Wie sollte beispielsweise bei einer Operation, welche in Vollnarkose durchgeführt wird, der Patient die Einhaltung der Regeln der ärztlichen Kunst überwachen können²⁶⁷?" Dem Arzt als Fachmann können bei Beweisschwierigkeiten allenfalls noch nachträglich die Krankengeschichte oder das Hilfspersonal behilflich sein, während diese Beweismittel, müsste sich der Patient darauf abstützen, für diesen doch nur unter erheblichen Schwierigkeiten zu erlangen und auszuwerten wären. Deshalb stimme ich Ott in seiner Schlussfolgerung zur Ableh-

261 Ott, S. 127

262 vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 177 und S. 217 f., von Tuhr/Escher, S. 117

263 Loeffler, S. 60

264 Für diese Ansicht sprechen sich u.a. Ott, S. 127 ff. und Loeffler, S. 60 ff. aus; ZR 78 1979, S. 202 f., Entscheid des Obergerichts vom 5. Februar 1979.

265 Dagegen sprechen sich aus u.a. Gautschi, einfacher Auftrag, Art. 398 N 23c; Stark, Festschrift Schwarz, S. 46 ff.

266 Stark, Festschrift Schwarz, a.a.O.

267 ZR 78 1979, S. 202 f., ebenso von Tuhr/Escher, S. 117

lehnung einer Änderung der gesetzlichen Beweislastverteilung zu, wenn er schreibt: "Überdies würde eine solche Beweislastregelung auf Patientenseite als willkürlich und stossend empfunden werden, weil sie die ohnehin starke Stellung des fachlich kompetenten Vertragspartners auf Kosten des Laien noch verstärken würde²⁶⁸."

Obwohl Loeffler ebenfalls die vom Gesetz postulierte Beweislastverteilung bejaht, ist es aber m.E. falsch, wenn dann der Beweis einer Sorgfaltspflichtverletzung doch indirekt durch den Patienten zu erbringen ist, indem behauptet wird, die Vertragsverletzung offenbare sich nur durch ein Verschulden: "Praktisch wirkt sich diese Umkehrung der Beweislast bei vertraglichen Schadenersatzklagen gegen den Arzt allerdings nicht sehr stark aus; denn indem der Kranke das vertragswidrige Verhalten, d.h. das Vorliegen einer unsachgemässen Behandlung durch den Arzt, nachweist, beweist er in der Regel eo ipso das Verschulden des Arztes²⁶⁹."

Würde dies verlangt, so wäre m.E. die Umkehrung der gesetzlichen Beweislastverteilung für das Verschulden wieder rückgängig gemacht, denn verlangt man vom Patienten, dass er die Vertragsverletzung durch eine Sorgfaltspflichtverletzung beweise, so braucht der Dentist ja in der Regel erst gar nicht den Exculpationsbeweis anzutreten, da der Patient durch den Beweis der Vertragsverletzung über die Sorgfaltspflichtverletzung den Exculpationsbeweis des Arztes vorweggenommen hat. Die Vertragsverletzung kann aber nicht nur durch ein Verschulden bewiesen werden, sondern auch durch einen Schaden an sich, welcher die Vertragsverletzung offenbart. Verletzt der Zahnarzt die körperliche Integrität eines Patienten, so offenbart sich dies durch einen Schaden²⁷⁰. Der Schutz eines jeden Menschen vor Beeinträchtigungen seiner körperlichen Integrität ist ein absolutes Recht. Dieses Recht wird dem Patienten aber nicht erst durch den Vertragsabschluss mit dem Zahnarzt vermittelt, sondern es ist ein direkter Ausfluss des Persönlichkeitsrechtes (Art. 28 ZGB). Wird der Patient in seiner körperlichen Integrität verletzt, so verletzt der Dentist das Recht der Persönlichkeit nach Art. 28 ZGB. Die Rechtsordnung verleiht jeder Person diesen Schutz, gleichgültig ob die Person in ihrer körperlichen Integrität aufgrund vertraglichen oder ausservertraglichen Verhaltens beeinträchtigt worden ist. Verletzt der Dentist also das Persönlichkeitsrecht seines Patienten, was sich durch einen körperlichen Schaden offenbart, so wird der Vertrag zwischen Zahnarzt und Patient verletzt, da auch ein Verzicht des Patienten auf dieses Recht nach Art. 20 I OR unsittlich ist und deshalb als nichtig betrachtet werden muss. Sicher kann die Vertragsverletzung auch durch ein Verschulden (z.B. eine Sorgfaltspflichtverletzung) bewiesen werden, doch darf der Beweis der Vertragsverletzung über das Verschulden nicht als einzige Möglichkeit zugelassen werden.

So ist m.E. dem vom Obergericht Zürich erlassenen Urteilsspruch beizupflichten, worin steht: "den Beweis, dass ihn keine Fahrlässigkeit treffe, erbringt der Schuldner, der einen Auftrag übernommen hat, wenn er darzutun vermag, dass er ent-

268 Ott, S. 129

269 Loeffler, S. 62

270 vgl. S. 41 ff.

sprechend Art. 398 OR (in Verbindung mit Art. 321a OR) alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt aufgewendet habe, um einen Schaden der eingetretenen Art zu vermeiden²⁷¹.”

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass,

- I. der Beweis des Schadens, des adäquaten Kausalzusammenhanges und der Vertragsverletzung vom Patienten zu erbringen sind. Die Vertragsverletzung kann aber sowohl über den Beweis des Schadens als auch des Verschuldens vom Patienten nachgewiesen werden;
- II. der Beweis, dass den Arzt kein Verschulden treffe, ist von diesem zu erbringen (Art. 97 OR).

2.5. *Kasuistik: Sorgfaltspflichtverletzungen medizinischer Natur*

Die einzelnen Schadenfälle werden hier zu bestimmten Gruppen zusammengefasst, um diese im Hinblick auf mögliche Sorgfaltspflichtverletzungen besser untersuchen zu können. Bei den Sorgfaltspflichtverletzungen juristischer Natur ist über das Vorliegen eines fahrlässigen zahnärztlichen Verhaltens in vielen Fällen relativ schnell und einfach zu entscheiden; nicht ganz so klar und eindeutig ist dies oft bei den Sorgfaltspflichtverletzungen med. Natur. Zur Beurteilung einer Pflichtverletzung wird auf das Verhalten abgestellt, welches von einem sog. Durchschnittszahnarzt verlangt werden kann und muss. In der Praxis wird aber vielfach das geforderte Verhalten eines Durchschnittszahnarztes dem üblichen Verhalten der Mehrheit der Zahnärzte gleichgesetzt, was dann zu unbefriedigenden Entscheiden führt. Deshalb muss m.E. auch der Jurist als “Aussenstehender” seinen Beitrag zu einer Grenzziehung zwischen Operationsrisiko und med. Sorgfaltspflichtverletzung leisten. Leitbild für jede zahnärztliche Tätigkeit muss stets der allgemeinbekannte römische Satz bleiben: *Salus aegroti suprema lex*. Um die Gesunderhaltung des Patienten zu wahren, darf dem Arzt kein Opfer zu gross sein. In diesem Sinne soll hier der Versuch eines Nichtmediziners verstanden werden, die sog. vom Durchschnittszahnarzt zu erwartende und zu fordernde Sorgfalt zu konkretisieren und deren Abgrenzung vom Operationsrisiko vorzunehmen.

271 Urteil vom 5. Februar 1979, Obergericht Zürich, in ZR 78 1979, S. 202 f.

2.5.1. *Bei der konservierenden zahnärztlichen Behandlung*

2.5.1.1. *Aspiration und/oder Verschlucken von zahnärztlichen Instrumenten, Werkstoffen usw.*

A. Grundsätzliches

Bei 42% der befragten Zahnärzte ereignete sich im Laufe ihrer Berufstätigkeit ein solcher Zwischenfall. Auf die Frage nach der Sicherung der Wurzelkanalinstrumente antworteten 83% der Befragten mit selten, oder nie, nur 10% konnten diese Frage positiv ankreuzen, während 7% nur gelegentlich eine solche Sicherung vornehmen. Von den 83% der Zahnärzte, welche eine Sicherung der Wurzelkanalinstrumente selten oder nie vornehmen, betrachteten dies 70% als zu umständlich oder nicht nötig, 26% begründeten ihr Unterlassen nicht.

Diese Zwischenfälle sind m.E. klar und eindeutig Sorgfaltspflichtverletzungen, da jeder Zahnarzt die Möglichkeit hat solche Vorkommnisse durch wirksame Massnahmen zu verhindern, auch wenn diese zeitraubend sind oder die Bewegungsfreiheit des Dentisten einschränken. Viele Zahnärzte arbeiten ohne solche Sicherungsvorkehrungen. Meistens sind diese dann erstaunt, zumal es auch die Mehrheit ihnen gleichtut, wenn ihr diesbezügliches Verhalten als fahrlässig bezeichnet wird, da sie sich auf das Verhalten eines sog. "Durchschnittszahnarztes" zu berufen vermögen, was jedoch noch lange keine Gewähr für ein sorgfältiges Verhalten geben muss. Massgebend ist und bleibt das Verhalten, welches von einem sog. "Durchschnittszahnarzt" als zumutbar erwartet werden muss. So meinte der dt. Bundesgerichtshof: "Ein Zahnarzt, der bei Benutzung eines kleinen Instrumentes von der Wissenschaft für erforderlich gehaltene Sicherungsmassnahme unterlässt, handelt auch dann fahrlässig, wenn diese Massnahmen mit gewissen Unbequemlichkeiten oder Zeitverlust verbunden sind und deshalb in der Praxis üblicherweise nicht angewendet werden. Er haftet auf Schadenersatz, wenn der Patient ohne diese Massnahme verwendete gezahnte Nadeln verschluckt oder einatmet²⁷²."

Diese Ansicht wird auch von Medizinerinnen selbst unterstützt: "Abschliessend muss festgestellt werden, dass die Komplikationen des Verschluckens und Aspirierens als ausserordentlich ernst zu betrachten sind. Es empfiehlt sich daher für jeden Kollegen, entsprechend prophylaktische Massnahmen durchzuführen. Alle Wurzelkanalinstrumente sollen grundsätzlich angeschlungen werden, die Mitter-Nadel sollte nur mit einem Griff benutzt werden und bei Extraktionen, Entfernungen von Kronen oder ähnlichem sollten als Vorsichtsmassnahme grosse Schutzstopfen in der Nähe des zu bearbeitenden Zahnes angebracht werden, die im Notfall Stücke abfangen und so ein Verschlucken bzw. Aspirieren unmöglich machen²⁷³."

272 BGH Urteil vom 27. November 1952, zitiert aus Gabka/Harnisch, S. 44

273 Gabka/Harnisch, S. 49

Neumann meint selbst zur Sicherung der Wurzelkanalinstrumente: "die Sicherung (Abb. 175) ist leicht in sich drehbar und, da sie ganz aus Metall besteht, sterilisierbar. Sie stört in keiner Weise beim Arbeiten und leistet unbedingte Sicherheit vor Entgleiten, bzw. Verschlucken der Nerveninstrumente. Ist diese Sicherung nicht zur Verfügung, so kann man einen Leinenfaden um die Nervennadel usw. festbinden und um das Handgelenk schlingen²⁷⁴."

Anhand dieser kompetenten Stellungnahme und meiner zu Beginn dieser Ausführung angeführten Gründe ist das Unterlassen der Anbringung von geeigneten Sicherungsvorkehrungen gegen das Verschlucken oder Aspirieren jegwelcher zahnärztlicher Gegenstände eine eindeutige med. Sorgfaltspflichtverletzung.

B. Fälle

Fall 1: Verschlucken einer Nervennadel²⁷⁵

Für die nachfolgende gutachterliche Stellungnahme ist die Feststellung interessant, dass diese aus dem Jahre 1935 stammt!

"Auf die Anfrage, ob ein Verschulden des Beklagten für das Verschlucken der Nadel durch den jugendlichen Patienten H. Sch. bei dessen Zahnbehandlung ursächlich gewesen ist, insbesondere, ob der Beklagte etwa durch Unterlassung von Schutzmassnahmen einen Kunstfehler begangen oder gegen anerkannte Regeln der zahnärztlichen Wissenschaft verstossen hat, gebe ich nachfolgendes Obergutachten ab: Es handelt sich im wesentlichen um die Beantwortung der Frage, ob die Anwendung von Pulpenextraktoren ohne langen Griff oder die Anwendung von Pulpenextraktoren unter Ausserachtlassung sonstiger Schutzmassnahmen, wie Spanngummi, Fadenbefestigung usw. als Fahrlässigkeit des Behandlenden zu werten ist. Wie es sich in diesem vorliegenden Streitfall ergeben hat, gehen die Ansichten der Gutachter in der Beurteilung dieser Frage weit auseinander, was um so bedauerlicher ist, wenn man bedenkt, dass es

1. tatsächlich Massnahmen gibt, die die Gefahr der Inspiration oder des Verschluckens einer Nadel ausschalten oder mindestens auf ein Minimum herabsetzen und
2. die sich aus einem solchen Unfall ergebenden Komplikationen so weittragend sein können, dass das Leben des Patienten bedroht ist.

Zu den unter 1. angedeuteten Massnahmen ist zunächst zum Spanngummi Stellung zu nehmen. Im Gegensatz zu den Gutachtern Dr. X. und Dr. Y. und in Übereinstimmung mit Dr. Z. bin ich der Ansicht, dass ein ordnungsgemäss angelegter Spanngummi ein Verschlucken von Instrumenten unmöglich

274 Neumann, S. 174

275 Hoenig, S. 272

macht. Voraussetzung hierbei ist natürlich, dass der Spanngummi die ganze Mundhöhle bedeckt. Die Anlegung von Spanngummi im Bereich der Frontzähne ist fast stets möglich, während sie im Bereich der Backenzähne nicht immer durchführbar ist und besonders bei ängstlichen Kindern auf Widerstände stossen kann. Nun soll zugegeben werden, dass die allgemeine Anwendung von Spanngummi nicht in jeder Praxis durchführbar ist. Was in einer Privatpraxis durchaus möglich, verbietet sich in einer Kassenpraxis aus Mangel an Zeit. Generell kann man daher einem Operateur aus dem Nichtanlegen von Spanngummi keinen Vorwurf machen, im besonderen nicht, wenn Hinderungsgründe angeführter Art vorliegen. Anders liegen aber die Verhältnisse bei zu treffenden Massnahmen, die die Gefahr auf ein Minimum herabsetzen. Ich schliesse mich hier voll und ganz den Ansichten der Gutachter Dr. A., B. und Z. an. Das Arbeiten mit kurzen Spiralnadeln ohne Nadelhalter ist im Bereich der grossen Backenzähne mit Bezug auf Verschlucken oder Inspiration dieser Nadel seitens des Patienten so hochgradig gefahrvoll, dass es meiner Ansicht nach als Fahrlässigkeit zu werten ist, wenn sich der Operateur nicht eines Nadelhalters bedient. Der Einwand, dass die Anwendung von Nadelhaltern oder Extraktoren mit langen Griffen technisch im Bereich der Backenzähne nicht immer möglich ist, ist richtig. In solchen Fällen muss dann aber der Operateur angesichts der schweren Gefahrenelemente für den Patienten sich entweder der sog. Amputationsmethode bedienen, einer wissenschaftlich erprobten Methode, die die Pulpenstränge im Wurzelkanal belässt, oder Spanngummi anlegen resp. eine Sicherung des Exraktors durch Fadenbefestigung herbeiführen. Im Interesse der Sicherheit des Patienten müssen Kompromisse energisch abgelehnt werden. Es mag jedem überlassen bleiben, ob er aufgrund seiner persönlichen Geschicklichkeit glaubt, diese Vorsichtsmassnahmen ausserachtlassen zu können. Es muss aber dem Behandelnden stets zum Bewusstsein kommen, dass im Falle des Eintretens eines solchen Unglückfalles ihm zweifellos eine Schuld beizumessen ist, wenn er Vorsichtsmassnahmen ausseracht gelassen hat.

Von einem unglücklichen Zufall könnte nur dann die Rede sein, wenn trotz dieser Massnahme ein Verschlucken oder Aspirieren der Nadel eintreten würde. Gerade der Umstand, dass das Verschlucken resp. Aspirieren von Nadeln (besonders gezähnte Nervennadeln) die allerschwersten Folgen für den Patienten zeitigen kann, verpflichten den Arzt resp. Zahnarzt zu einer erhöhten Sorgfalt. Gerade diese schweren Folgen für den Patienten, die sich sogar tödlich auswirken können, machen es dem Gutachter zur Pflicht, einen klaren und scharfen Standpunkt in dieser Frage einzunehmen.

Wenn es sich im vorliegenden Falle um eine Entscheidung gegen einen Zahn-techniker handelt, so darf nicht etwa der Gedanke auftauchen, dass die allgemeine Einstellung in der Frage "Behandlung Zahnkranker durch Zahn-techniker" bei der Stellungnahme in dem Gutachten eine Rolle gespielt hat.

Gegen jeden Arzt resp. Zahnarzt müsste selbstverständlich ebenso, ja noch schärfer entschieden werden.

Das Wohl des Kranken ist oberstes Gesetz! Gerade mit Bezug auf diesen in der Medizin vornehmsten Satz gebe ich mein Obergutachten dahingehend ab, dass ein Verschulden des Beklagten für das Verschlucken der Nadel durch den jugendlichen Patienten bei dessen Wurzelbehandlung ursächlich gewesen ist und dass in der Unterlassung von Schutzmassnahmen während der Behandlung, besonders bei einem ängstlichen Kinde, ein Kunstfehler zu erblicken ist."

Fall 2: Versicherungsfall: Aspiration eines Zahnes

Ein sehr locker befestigter Milchmolar ohne Wurzel entrutschte bei der Extraktion der Zange. Da keinerlei Sicherungsvorkehrungen getroffen worden waren, wurde dieser vom Patienten aspiriert. Ein Spitalaufenthalt war notwendig. Von Bedeutung bleibt die gutachterliche Feststellung eines schweizerischen Hochschul-Professors der Zahnmedizin, wonach ein solches Verhalten des Zahnarztes nicht als ein Verschulden zu betrachten ist.

In obgenanntem Falle wurde aber die Haftung des Zahnarztes infolge unterlassener nachträglicher Röntgenaufnahme und Unterlassung von geeigneten Heilungsmassnahmen dennoch bejaht.

Fall 3: Versicherungsfall: Verschlucken einer Bohrfräse

Ein Patient verschluckte eine Bohrfräse während eines zahnärztlich chirurgischen Eingriffes. Diese wurde glücklicherweise via naturales ohne weitere Komplikation ausgeschieden.

Fall 4: Aspiration einer Zahnwurzel nach Extraktion²⁷⁶

"Patientin hatte sich im Ätherrausch einen Zahn entfernen lassen. Die Extraktion verlief zwar nicht glatt, denn der Zahn splitterte während der Behandlung in mehrere Teile. Die Patientin wurde aber nach dem Eingriff mit dem, wenn auch nicht ausgesprochenen, aber aus dem Verhalten des Zahnarztes zu entnehmenden Eindruck der vollständigen Entfernung des Zahnes entlassen. Einige Tage später bekam die Patientin Schmerzen im Rücken, Atembeschwerden mit Beklemmungsgefühlen und Fieber. Der darauf kon-

²⁷⁶ Meyer, G., S. 27 f.

sultierte Arzt stellte die Symtome einer Bronchitis, besonders in der rechten Lunge, fest. Trotz spezifischer Behandlung schritt der Krankheitszustand mit Husteln, Stechen im Rücken, gelegentlichem Bluthusten und Nachtschweissen fort. Im Laufe der nächsten Monate noch inzutretende Herzbeschwerden mit Ohnmachtsanfällen. Später begab sich die Patientin in ein Bad zur besonderen Behandlung. Zur Feststellung wird eine Röntgenaufnahme gemacht: verstärkte Hiluszeichnung mit Kalkherden beiderseits und Fremdkörper tief unten im rechten Bronchus. Nach einer Injektionsbehandlung mit einem Expektorans hustete die Patientin bei der neunten Spritze einen etwa 11 mm langen Zahnwurzelteil aus. Danach sofort Besserung des subjektiven und objektiven Befindens. Durch den Vertrauensarzt wird bestätigt, dass keine dauernde Gesundheitsschädigung durch die Aspiration des Zahnes zu erwarten ist. Patientin klagt auf Schadenersatz.

Gutachten: Nach Darlegung ärztlicher und zahnärztlicher Autoritäten kann bei Anwendung entsprechender und allgemeinbekannter Vorsichtsmassregeln auch das Aspirieren eines in Narkose entfernten Zahnes vermieden werden. Während der Narkose ruhen bekanntlich die Expektorationsreflexe der Laryngopharynealtraktus und somit sind alle Schutzfunktionen ausser Tätigkeit. Entsprechende Vorsichtsmassregeln seitens des Behandelnden in erhöhtem Masse sind erforderlich. (Einlegen eines grösseren Mulltupfers vor den Racheneingang, der mit Faden gesichert wird, sowie Kontrolle aller Wurzelteile und Zahnstücke in einer eigens dazu bereitgehaltenen Schale.) Der Behandelnde hat die in verstärktem Masse erforderliche Sorgfaltpflicht (Extraktion in Narkose) erheblich vernachlässigt. Eine weitere Fahrlässigkeit liegt insofern vor, als der Zahnarzt den Verbleib der Zahnwurzel, die ihm doch bei Beendigung des Eingriffes nach der üblichen Kontrolle gefehlt haben muss, nicht geklärt hat, und trotz der von der Patientin geäusserten Beschwerden der Möglichkeit der Aspiration nicht Rechnung trug durch Veranlassung einer Röntgenkontrollaufnahme. Verletzung der Sorgfaltpflicht und klare Kausalität bedingen die Schadenhaftung des Beklagten."

Fall 5: Versicherungsfall: Verschlucken eines Wurzelkanalinstrumentes

Während einer Wurzelbehandlung fiel dem Assistenten eine Spiralnadel aus der Hand und wurde vom Patienten infolge unterlassener Instrumentensicherung sofort verschluckt. Die Nadel musste auf operativem Weg entfernt werden.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 2'000.—.

Fall 6: Verschlucken einer Nervennadel²⁷⁷

“Bei der Behandlung eines unteren Backenzahnes der Frau W. aus B. entglitt dem Zahnarzt die Nervennadel. Eine im Krankenhaus angefertigte Röntgenaufnahme liess die Nadel im Zwölffingerdarm erkennen. Der Darm war bereits perforiert. Die Nadel wurde auf operativem Wege entfernt. Die Patientin hatte noch längere Zeit Nachwirkungen. Da der Zahnarzt der Patientin, nachdem sie die Nadel verschluckt hatte, lediglich anheimgestellt hatte, sie solle sich in spezialärztliche Behandlung begeben, glaubte die Versicherungsgesellschaft, sich auf gutlichem Wege mit der Patientin einigen zu müssen. Die Versicherungsgesellschaft erwartet, dass das Gericht die vom Zahnarzt ergriffenen Massnahmen als nicht ausreichend bezeichnen würde. Sie hat daher die Forderung der Patientin in Höhe von RM 1'300.— anerkannt.”

Fall 7: Versicherungsfall: Verschlucken einer “Spühlnadel”

Während der Vornahme einer Wasserstoffspülung durch den Zahnarzt löste sich die schlecht befestigte “Spühlnadel” von der Spritze und wurde sofort vom Patienten verschluckt. Die Nadel wurde via naturales wieder ausgeschieden. Trotzdem entstanden Kosten in der Höhe von Fr. 500.— für Röntgenbilder, Nachbehandlung und Zusatzkontrolle. Die Haftung wurde bejaht.

2.5.1.2. *Verletzung durch zahnärztliche Bohr-, Schleif- oder sonstige Instrumente*

A. Grundsätzliches

47% der befragten Zahnärzte verletzten während der Ausübung ihrer zahnärztlichen Tätigkeit durch eine Schleif- oder Separierscheibe einen Patienten. Bei 10% dieser Befragten wurde die Verletzung trotz der Anbringung eines Scheibenschutzes verursacht. 86% der Befragten erklärten, dass sie beim Beschleifen eines Zahnes mit der Scheibe oder ähnlichem die Wange oder Zunge des Patienten von einer Hilfsperson zusätzlich halten lassen.

Bei einer Verletzung des Patienten durch zahnärztliche Bohr-, Schleif- oder sonstige Instrumente kann nicht in allen Fällen von einer medizinischen Sorgfaltspflichtverletzung gesprochen werden, da die menschliche Hand nicht mit der Präzision einer Maschine arbeiten kann²⁷⁸. Wurde eine Verletzung durch das Nichtanbringen

277 Haberkorn, S. 9

278 vgl. Perret, Ärztehftpflicht, S. 218 ff.

eines Scheibenschutzes verursacht, so liegt zweifelsfrei ein Verschulden des Behandlers vor²⁷⁹.

In der Regel darf eine schwere, tiefe Schnittwunde als durch fahrlässiges Verhalten des Zahnarztes verursacht angesehen werden. Leichte Schnittwunden können ohne ein Verschulden des Zahnarztes verursacht werden.

Letztlich muss aber eine med. Sorgfaltspflichtverletzung des Zahnarztes immer anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles beurteilt werden.

B. Fälle

Fall 1: Schleifradsschaden²⁸⁰

“Beim Schleifen an der lingualen Seite eines unteren Prämolaren verwickelte sich der Schleifstein, trotz Abhaltens der Zunge mit einem Mundspiegel, im Mundboden und verletzte die Speicheldrüse schwer. Der Schleifstein konnte nur mit der Schere und Pinzette mit grosser Mühe entfernt werden. Die Heilung nahm längere Zeit in Anspruch, während dieser Zeit litt der Patient besonders an Ernährungsstörungen. Da in diesem Falle ohne Zweifel eine Unachtsamkeit des betreffenden Zahnarztes anzunehmen war, suchte die Versicherungsgesellschaft die Angelegenheit auf gütlichem Wege beizulegen und dieses gelang durch Zahlung von RM 600.—. Auch die Gutachter stehen auf dem Standpunkt, dass bei schweren Verletzungen wohl immer eine Schuld des Beklagten vorliegt.”

Fall 2: Versicherungsfall: Bohrerverletzung

Während der Behandlung des Backenzahnes rutschte der Zahnarzt wegen Nichtanwendung der vorgeschriebenen Schutzmassnahme mit dem Bohrer ab und verletzte den Patienten. Die Folgen dieses Unfalles bestanden in der Schwellung und Eiterung der Wunde, verbunden mit Fieberanfällen. Die Haftung wurde bejaht.

Fall 3: Versicherungsfall: Bohrerverletzung

Durch den Bohrer wurde der Patient am Mundboden verletzt.
Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 677.—.

279 Link, in das ärztliche Gutachten im Versicherungswesen, S. 816; Gabka/Harnisch, S. 41

280 Haberkorn, S. 25

Fall 4: Versicherungsfall: Bohrerletzung

Durch den Bohrer wurde der Patient an der Zunge verletzt.
Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 61.—.

Fall 5: Versicherungsfall: Bohrerletzung

Durch ein Bohrinstrument wurde die Brücke und ein Zahn des Patienten verletzt.
Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 4'380.—.

Fall 6: Verletzung durch Schleifarbeiten²⁸¹

“Die Klägerin, von Beruf Lehrerin, begab sich am 1. März 1971 in die zahnärztliche Behandlung des Beklagten. Der Beklagte wollte eine Brücke einsetzen. Hierzu mussten die benachbarten Zähne abgeschliffen werden. Bei diesen Schleifarbeiten rutschte der Beklagte mit der Separierscheibe ab. Die rotierende Scheibe drang tief in die Zunge und in den Mundboden der Klägerin ein. Der Beklagte, der bei seinen Arbeiten mit der Separierscheibe keinen Scheibenschutz benutzt hatte, nähte beide Wunden. Von einem anderen Arzt — Dr. K. —, zu dem die Klägerin auf Veranlassung des Beklagten sodann gebracht worden war, erhielt sie eine Penicillinspritze und begab sich anschliessend zurück in ihre Wohnung. In der folgenden Nacht verschlechterte sich ihr gesundheitlicher Zustand so sehr, dass sie den Zeugen G., einen Hals-, Nasen- und Ohrenarzt, zu Rate zog. Die Klägerin war schockbedingt sehr erregt. Ihr Kreislauf war unbefriedigend. Während der ersten Tage nach dem Vorfall konnte sie keinerlei Nahrungsmittel zu sich nehmen. Nach 3 Tagen konnte dann durch ein Glasröhrchen flüssige Nahrung aufgenommen werden, etwa nach dem Verlauf einer Woche konnte sie wieder beginnen, in der gewöhnlichen Weise Nahrung zu sich zu nehmen. 10 Tage nach dem Vorfall wurden die Fäden gezogen, einige Wochen später verbesserte sich auch der allgemeine Zustand der Klägerin. Die Wundbehandlung hatte der Zeuge Dr. G. übernommen, dessen Hauptaufgabe darin bestand, die Wunden steril zu halten und Vorsorge dafür zu treffen, dass keine neue Blutung eintrat. Die Wunde verheilte dann ohne Entzündungsprozess und auch ohne weitere Blutung unter Zurücklassung von Narben. Bis zum 19. Mai 1971 war die Klägerin gänzlich dienstunfähig, von da ab arbeitete sie auf die Dauer von etwa 5 Monaten 3 Stunden täglich, danach wieder in vollem Umfang.

281 Urteil des LG Bielefeld vom 27. Oktober 1972, publiziert in Vers.R 1974, Heft 3, S. 66 f.

Die Klägerin nahm den Beklagten auf Schadenersatz und Schmerzensgeld in Anspruch. Sie war der Ansicht, der Beklagte habe ihre Verletzungen infolge eines von ihm begangenen Kunstfehlers schuldhaft verursacht, weil er bei der Arbeit mit der Separierscheibe keinen Scheibenschutz benutzt habe. Es sei ihr nicht bewusst, zu dieser Verletzung durch eine unruhige oder hastige Bewegung in irgendeiner Weise beigetragen zu haben. Der Beklagte behauptete, der Unfall sei allein darauf zurückzuführen, dass die Klägerin plötzlich und für ihn nicht vorhersehbar in einer Reflexbewegung die Zunge angehoben habe. Dadurch sei es zu einer Berührung zwischen dem Instrument und dem Mundboden der Zungenunterseite gekommen. Die Reflexbewegung der Klägerin sei so stark gewesen, dass der linke Daumen des Beklagten mit dem Instrument in Berührung kam und dabei verletzt worden sei.

Das LG hat den Beklagten antragsgemäss zur Zahlung von DM 5'523.40 (einschl. eines Schmerzensgeldes von 5'000.— DM) verurteilt und auch dem Feststellungsbegehren der Klägerin stattgegeben. Aus den Gründen: Die Klage ist gemäss § 823 Abs. 1 BGB begründet.

Der Beklagte haftet für den der Klägerin entstandenen Schaden, weil er bei der Arbeit mit der Separierscheibe einen Kunstfehler begangen hat. Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen, Dr. M. wird sowohl von der zahnärztlichen Lehrmeinung als auch von den massgeblichen Literaturangaben bei Arbeiten mit einer Separierscheibe die Verwendung eines Scheibenschutzes gefordert. Der Sachverständige hat ausgeführt, dass durch die Verwendung eines solchen Scheibenschutzes zwar nicht jede Möglichkeit einer Verletzung ausgeschlossen sei."

Fall 7: Schleifradschaden²⁸²

"Für die Entscheidung kann in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen unterstellt werden, dass besondere Schutzmassnahmen, wie das Einlegen von Watterollen, die Einspannung eines Gummituches zur Isolierung des Zahnes, die Anwendung von Wangen- und Zungenhaltern oder die Zuziehung einer Hilfskraft bei den Schleifarbeiten, die der Beklagte bei der Klägerin vorgenommen hat, nicht notwendig waren. Auch gegen die Benutzung eines Schleifwerkzeuges ohne 'Scheibenschutz' lässt sich nach Ansicht des Sachverständigen nichts einwenden. Die einzige Möglichkeit für den Beklagten, Verletzungen der Klägerin zu vermeiden, bestand dann in der Vorsicht und der Geschicklichkeit, mit der er das Schleifwerkzeug handhabte.

Unstreitig ist der Beklagte mit dem Schleifstein abgerutscht und hierdurch die Verletzung entstanden. Zugunsten des Beklagten mag weiter angenom-

282 Urteil des OLG Celle vom 15. Dezember 1937, publiziert bei Perret, Ärzthaftpflicht, S. 221 f.

men werden, dass die Klägerin im selben Augenblicke eine plötzliche Schluckbewegung gemacht und hierdurch erst die Schwere der Verletzung ermöglicht hat. Beide Ursachen, auf deren Zusammenwirken der eingetretene Schaden zurückzuführen ist, sind aber, wie der Sachverständige überzeugend ausgeführt hat, jedem der die Zahnheilkunde praktisch ausübt, als stete Gefahrenquelle bekannt. Das Abschleifen als solches ist eine einfache handwerksmässige Verrichtung, die keine besonderen Schwierigkeiten macht. Gefährlich und insofern schwierig wird sie erst dadurch, dass sie in der Mundhöhle vorzunehmen ist und aus den beiden angeführten Gründen, des Abrutschens des Schleifsteines oder einer Zungenbewegung durch Schlucken, leicht zu einer Verletzung des Patienten führen kann. Die Aufgabe des Zahnheilkundigen muss also sein, bei der Handhabung des Schleifwerkzeuges stets auf diese ihm bekannten Gefahren Rücksicht zu nehmen, mit geschickter, leichter Hand, die jederzeit zum Abheben oder Zurückziehen des Schleifsteines bereit und gespannt ist, das Werkzeug zu führen und zugleich das Augenmerk in höchstmöglichem Masse auf die Lage und Bewegung der gefährdeten Weichteile zu richten. Dementsprechend ist insbesondere der Druck des Schleifens und die Stärke des Rotierens zu bemessen, das um so mehr, als nach der Bekundung des Sachverständigen ein Abrutschen des Steines selbst bei grösster Vorsicht nicht immer zu vermeiden ist. Da sich anderseits auch Schluckbewegungen des Patienten nicht verhindern lassen, besteht die bei dem Zahnheilkundigen vorauszusetzende Kunst seiner Berufsausübung eben darin, die Führung des Schleifsteins so zu beherrschen, dass er die Arbeit mit der gleichen Plötzlichkeit, mit der eine Schluckbewegung eintritt, einzustellen vermag. Dass dies kein unmögliches oder unbilliges Verlangen ist, ergibt sich aus den Darlegungen des Sachverständigen. Obwohl nämlich beide Gefahren des Abrutschens wie der Schluckbewegung allgemein bekannt und nicht auszuschliessen sind, und obwohl auch mit ihrem Zusammenwirken stets gerechnet werden muss, bezeichnet der Sachverständige doch tiefergehende Verletzungen, wie sie die Klägerin erlitten hat, als 'sehr selten' und dann auch nur 'in der Regel' als verursacht durch dünnblattige Scheiben, die der Beklagte unstreitig aber nicht verwandt hat. Wenn es trotzdem zu einer so schweren Verletzung der Klägerin gekommen ist, so bleibt als Erklärung hierfür nur die Annahme, dass der Beklagte, sei es bei der Handhabung des Schleifsteines, sei es bei der Beobachtung des Mundgrundes, nicht die nötige Sorgfalt angewandt hat. Denn andere Ursachen als die beiden angeführten kommen für die Verletzung unstreitig nicht in Betracht, und diese beiden sind so allgemein bekannt und lassen sich nach den Erfahrungen des Sachverständigen so beherrschen, dass sie meistens nur zu einem leichten Anschleifen der Schleimhaut führen und vor dem Beklagten daher nicht als Entschuldigung für die schwere Verletzung der Klägerin geltend gemacht werden können. Trotz aller Vorsicht, die der Sachverständige bei der Erstattung seines Gutachtens an den Tag legte, musste er auf Befragen

zugeben, er glaube nicht, dass ihm ein gleiches Missgeschick wie dem Beklagten bei der Behandlung der Klägerin zugestossen wäre. Nach alledem trifft den Beklagten ein Verschulden.”

Fall 8: Versicherungsfall: Bohrer-Verletzung

Um den Einbau eines Stiftzahnes zu ermöglichen musste der Zahnarzt einen Zahn ausbohren. Während dieser Arbeit rutschte der Dentist mit dem Bohrer aus. Als Folge dieses Ausrutschens musste der behandelte Zahn gezogen und an dessen Stelle eine Brücke eingebaut werden.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 1'400.—.

Fall 9: Versicherungsfall: Bohrer-Verletzung

Während des Präparierens einer Krone entglitt dem Zahnarzt die Bohrfräse, wodurch er die Krone beschädigte und eine Neuanfertigung unumgänglich wurde.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 780.—.

Fall 10: Versicherungsfall: Trennscheiben-Verletzung

Beim Auftrennen einer Krone verletzte der Zahnarzt den Patienten durch die Trennscheibe an der Oberlippe so, dass diese genäht werden musste.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 455.—.

2.5.1.3. Zwischenfälle bei der Wurzelbehandlung

Jede Wurzelbehandlung “sollte eigentlich in jedem Falle eine Röntgenaufnahme als Unterlage haben. Geht es doch nicht nur um die Einsicht in die jeweiligen Wurzelkanalverhältnisse und um die bestmögliche Durchführung der Wurzelbehandlung selbst, sondern auch um etwaige Folgemöglichkeiten, wie eine Herderkrankung, für die der Zahnarzt unter Umständen haftpflichtig werden könnte²⁸³.”

In diesem Sinne entschied auch das OLG Düsseldorf, wonach auch bei nicht ausdrücklicher Vorschrift zu einer Röntgenaufnahme diejenigen Massnahmen zu ergreifen sind, “die notwendig sind, um Körperschäden zu verhüten”²⁸⁴.

283 Euler, S. 43

284 Urteil vom 23. März 1955, zitiert aus Euler, S. 43 f.

A. "Überstopfung" mit Wurzelfüllmaterial

Fall 1: Versicherungsfall:

Bei der Kanalaufarbeitung wurde der Wurzelkanal mit Wurzelfüllpaste überfüllt. Um eine langdauernde Reizung zu vermeiden wurde zum Hilfsmittel der Fistulation gegriffen und dabei wurde die Wurzel der Länge nach gespalten. Vom Gutachter wurde ein Kunstfehler vor allem deshalb bejaht, weil der behandelnde Zahnarzt beim Einsetzen der Brücke die Wurzelfraktur bemerkte und trotzdem weiterarbeitete.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 2'632.—.

Fall 2: Versicherungsfall

Infolge Überfüllung des Wurzelkanales mit Wurzelfüllpaste durch den Zahnarzt wurde ein Teil der Paste in den Mandibularkanal gedrückt.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 500.—.

B. Via falsa/Perforation

"Schon Neumann (1953) stellte fest, dass es bei der Wurzelkanalbehandlung, insbesondere bei der Aufarbeitung der Wurzelkanäle, nicht immer möglich ist, eine Perforation zu vermeiden. Es gibt Wurzelverhältnisse, bei denen die Wurzelspitze beinahe rechtwinklig abbiegt, so dass notwendigerweise eine Perforation erfolgen muss, wenn nicht vorher eine Röntgenaufnahme gemacht worden ist²⁸⁵."

Aus den zu diesem Sachgebiet gemachten Ausführungen darf geschlossen werden, dass auch die Perforation eine Sorgfaltspflichtverletzung des Zahnarztes sein kann²⁸⁶.

Fall 1: Versicherungsfall

Beim Entfernen eines Stiftes wurde eine "fausse route" gewählt, so dass 1 Jahr nach dem eine Krone mit Schraubenaufbau konstruiert worden war der ganze Zahn mit Schraubenaufbau während dem Essen abgebrochen wurde.

Der Zahnrest musste extrahiert werden und ein Brückenersatz eingebaut werden.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 3'119.—.

285 Gabka/Harnisch, S. 30

286 vgl. Link (1968) S. 815: "Perforation eines Zahnes während der Wurzelbehandlung kann wie bei Nichterkennung und Unterlassung von Gegenmassnahmen als schuldhaft ausgelegt werden."

Fall 2: Versicherungsfall

Die Wurzelkanäle des Patienten waren verkalkt. Der Zahnarzt machte deshalb eine Nekronerveinlage. Später wurde eine Nekrose am Alevolarknochen festgestellt, welche auf die Perforation des Zahnes zurückzuführen war. Der Zahnarzt hatte schräg gebohrt.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 2'429.—.

Die Sorgfaltspflichtverletzung kann aber sicher in allen jenen Fällen bejaht werden, bei welchen ein Zahnmediziner die Benutzung maschinengetriebener Wurzelkanalerweiterer bei der Wurzelkanalaufarbeitung benützt²⁸⁷.

C. Instrumentenbruch bei der Wurzelbehandlung

Prinzipiell darf bei einem Instrumentenbruch nicht eine Sorgfaltspflichtverletzung angenommen werden. Doch in vielen Fällen liegt ein Verschulden vor. "Der Abbruch eines Kanalinstrumentes geschieht meistens durch unsachgemässe Anwendung oder beim Gebrauch nicht einwandfreier Nadeln²⁸⁸, da häufig benutzte und oft sterilisierte Kanalinstrumente leicht abbrechen können²⁸⁹. Guddat zählt folgende Ursachen für einen Instrumentenbruch auf:

1. "Minderwertiges Material unbekannter Firmen,
2. Materialfehler, die jedoch durch mehrfache Kontrollen, wie sie die bekannten Markenfirmen durchführen, praktisch ausgeschlossen sind.
3. Unsachgemässe Pflege (Überwachungspflicht!).
4. Zurückbiegen einmal verbogener Instrumente.
5. Übermässige oder falsche Beanspruchung und unter Umständen zu häufiger Gebrauch (z.B. Injektionsnadeln und verschiedene Wurzelkanalinstrumente)²⁹⁰."

Fall 1: Versicherungsfall

Während der Wurzelbehandlung brach die Bohrspitze ab. Der behandelnde Zahnarzt benützte einen falschen Bohrkopf. Die Bohrspitze musste operativ entfernt werden.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 3'500.—.

287 Gabka/Harnisch, S. 32

288 Richard, S. 37

289 Gabka/Harnisch, S. 32

290 Guddat, S. 135 f.

Fall 2: Versicherungsfall

Der Assistent hatte eine Wurzelfüllung vorzunehmen und brach dabei die Rattenschwanzfeile in dem für die Stiftaufnahme bestimmten Kanal ab. Das Instrument liess sich nicht mehr entfernen, sodass eine Wurzelextraktion vorgenommen werden musste.

Die Haftung war noch nicht abgeklärt!

2.5.1.4. *Arsenschäden*

“Die radikalste Form die Sensibilität der Pulpa für immer auszuschalten ist, neben der Pulpaextraktion in Lokalanästhesie, die Devitalisierung mittels Arseneinlage²⁹¹.”

Nach Gabka/Harnisch²⁹² können bei der Verwendung von Arsenpräparaten hauptsächlich folgende drei Komplikationen eintreten:

- a. Nekrose (Absterben) des angrenzenden Zahnhalteapparates (Parodontiums)
- b. Arsenparodontitis (Durch Arsen verursachte Bildung eitriger Zahnfleischtaschen und Lockerung der Zähne).
- c. Verschlucken der Arseneinlage.

Die Verwendung von Arsenpräparaten “ist einer der vielen umstrittenen Punkte in der Zahnerhaltungskunde, ... Um so mehr ist der Zahnarzt verpflichtet bei Verwendung von Arsen jede Fährlichkeit zu vermeiden. Das gilt zunächst für die Menge, dann aber auch für den Verschluss der Arseneinlage”²⁹³.

Durch Arsen verursachte Schäden werden in der heutigen Zeit immer seltener, sei es weil andere med. Präparate mit ähnlicher Wirkung entwickelt wurden, oder sei es, weil die Zahnärzte sich bei deren Verwendung der erhöhten Patientengesundheitsgefährdung bewusst sind.

Fall 1: Arsennekrose²⁹⁴

“Die schwerste Arsennekrose am Kiefer betraf einen Fall, bei dem Wurzelfüllpaste verwechselt worden war und die Arsenpaste im guten Glauben bis zum foramen apikale vorgetrieben wurde.”

291 Euler, S. 42 (Pulpa = Zahnmark, Exstirpation = völlige Entfernung, Devitalisation = Abtötung)

292 Gabka/Harnisch, S. 26 ff.

293 Euler, S. 42, vgl. auch Link (1968), S. 816

294 Euler, S. 43

Fall 2: Arsennekrose²⁹⁵

“28jähriger Mann mit Pulpitis des $\overline{6}$, nach oberflächlicher Aufbereitung der Kavität. Verschluss der Arsenik-Einlage mit Citoperpercha. Am nächsten Morgen heftige periodontistische Schmerzen, Anschwellung der gesamten linken Gesichtspartie und blaurote Verfärbung der Zahnfleischpapille zwischen $\overline{6}$ 7.

Ein grosser Teil des Alveolarfortsatzes ist durch die Arsenschädigung sequestriert.”

Fall 3: Arsenvergiftung²⁹⁶

“Nach einer Devitalisation mit Arsen kam es zur Arsenvergiftung. Der Zahnarzt wurde mit einer Geldstrafe belegt, da er den Patienten nicht sofort wiederbestellte und ihn auf die Gefahr des Arsens hinwies.”

2.5.1.5. *Sonstige Schäden*

Fall 1: Versicherungsfall: Augenverletzung

Bei Verrichtung zahnärztlicher Arbeiten geriet dem Patienten ein Fremdkörper ins Auge. Die Haftung wurde bejaht.

Fall 2: Versicherungsfall: Augenverletzung

Bei Verrichtung zahnärztlicher Arbeiten sprang ein Metallsplitter ins Auge der Patientin. Die Haftung wurde bejaht.

Fall 3: Versicherungsfall: Kleiderverschmutzung

Bei der Abdrucknahme fielen Spritzer der Abdruckmasse auf Jackett und Krawatte des Patienten.

Die Haftung wurde bejaht.

295 Braun, S. 9

296 Karsten, S. 41

Fall 4: Trayresinfall²⁹⁷

“Der Zahnarzt wollte an den Zähnen +1 1+ der Patientin Jacketkronen anfertigen. Den individuellen Löffel fertigte er mit Trayresin direkt im Munde an. Das Präparat härtete sofort im Munde unter starker Hitzeentwicklung aus. Es musste aus dem Munde herausgezogen werden. Die Patientin verlor dadurch einige Zähne und erlitt Verbrennungen zweiten und dritten Grades an den Schleimhäuten. Sie war anschliessend sechs Wochen lang arbeitsunfähig.”

Die Haftung wurde bejaht. Kosten DM 5'875.10.

Fall 5: Versicherungsfall: Durch unsachgemässe Behandlung verursachter Zahnbruch

Beim Anlegen einer Hallerklammer rutschte diese aus der Zange und schlug beim Zuspinnen dem Patienten einen Zahn auf Zahnfleischhöhe ab. Ein neuer Zahn musste eingesetzt werden.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 650.—.

Fall 6: Versicherungsfall: Zahnfleischverletzung

Bei der Präparation eines Stiftzahnes wurde infolge Ausfall des Kühlsprays die Knochenhaut überhitzt, was zu einer Reaktion des Zahnfleisches führte. Um die Zahnfleischreaktion anzuhalten musste sich der Patient einer Gingivaplastik und einer anschliessenden Spezialbehandlung unterziehen.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 640.—.

2.5.2. *Bei der zahnärztlichen Chirurgie*2.5.2.1. *Extraktionszwischenfälle*

Eine Zahnfraktur kann nicht in jedem Falle als Kunstfehler betrachtet werden. Meistens liegt aber bei der Vernachlässigung einer missglückten Extraktion oder beim Zurücklassen von Wurzelresten eine Sorgfaltspflichtverletzung vor²⁹⁸. “Der Zahn-

²⁹⁷ Karsten, S. 42

²⁹⁸ Link 1968, S. 813 f., vgl. auch Guddat, S. 93: Für das Zurücklassen von Wurzelresten, welche nicht bemerkt wurden, gibt es keine vertretbare Entschuldigung, da jeder Zahnarzt

arzt ist natürlich immer haftbar, wenn er statt eines kranken einen gesunden Zahn entfernt, ebenso wird das Nichtauffinden des schuldigen Zahnes als ein Kunstfehler anzusehen sein²⁹⁹.”

Fall 1: Tod nach Zahnextraktion infolge Mundbodenphlegmone und Sepsis³⁰⁰

“Patient kommt mit hochgradiger Kieferklemme, Gesichtsanschwellung linksseitig, Fieber und tief zerstörter kariöser Krone des linken unteren Weisheitszahnes in Behandlung einer Zahnärztin. Zunächst weigerte sie sich, lässt sich aber auf Bitten des Patienten bewegen, die Extraktion unter intraoraler Leitungsanästhesie zu beginnen. Beim Zufassen der Zange zerbricht die Zahnkrone. Weitere Versuche scheitern infolge der räumlichen Beengtheit, da eine Kieferklemme zweiten Grades besteht. Patient fühlt sich sehr schwach und übel, sodass von einer weiteren Behandlung vorläufig Abstand genommen wird. Zahnärztin verordnet Bettruhe, Kamillenspülungen und schmerzstillende Tabletten. Die von ihr gestellte Diagnose lautet: Beinhautentzündung im Anfangsstadium. Auch am folgenden Tage andauernde Schmerzen und Zunahme der Schwellung. Erst am dritten Tage wird ein praktischer Arzt zu Rate gezogen, der eine Sepsis feststellte und den Zustand für bedenklich hält und menschliche Hilfe nicht mehr für möglich erachtet. Am fünften Tage Eintritt des Todes.

Gutachten: Die Zahnärztin hat im ersten Augenblick die Schwere der Erkrankung geahnt und mit Recht das Ansuchen und Entfernen des schuldigen Weisheitszahnes abgewiesen. Bei Gesichtsschwellung, Kieferklemme, hohem Fieber, tiefer zerstörter Zahnkrone und Fehlen eines Röntgenbefundes muss man einen solchen Eingriff als sehr wahrscheinlich misslingend betrachten, zumal die Gefahr der Keimverschleppung als drohend angesehen werden muss, da die einstechende Nadel möglicherweise durch infiziertes Gewebe hindurch ihren Weg nehmen musste. In der Fachliteratur spricht sich die Mehrzahl der Autoren scharf gegen die Vornahme der Injektion bei bestehender Kieferklemme aus, wenn auch noch kein pathohistologischer Nachweis der erfolgten Keimverschleppung erbracht ist. Vorstehende Überlegungen fehlen augenscheinlich und trotz aller abratenden Umstände wurde der Eingriff durchgeführt. Der Heilplan war somit nicht nur gescheitert, sondern eine zusätzliche Verschlechterung trat infolge des Extraktionstraumas ein. Jetzt wäre die Einweisung in

verpflichtet ist, “die Vollständigkeit seiner Massnahmen entweder durch exakte Kontrollen des extrahierten Zahnes oder der Alveole oder, wo das nicht möglich, anhand eines Röntgenbildes zu überprüfen. Ebenso wird die Zeitnot nicht als Rechtfertigung für eine unvollständige Extraktion anerkannt”.

299 Wiedmann, S. 15

300 Meyer, G., S. 31

stationäre und fachchirurgische Behandlung angezeigt gewesen. Die verordneten Massnahmen der Zahnärztin zeigen, dass sie sich des nicht unbedenklichen Zustandes des Erkrankten bewusst war (Wiedervorstellung in drei Tagen). Eine Sicherheit, dass nach Krankenhauseinweisung die Infektion aufgehalten worden wäre, kann nicht angenommen werden, da erfahrungsgemäss solche dentalen Kieferentzündungen sich nicht immer beeinflussen lassen. Ob besondere virulente Erreger, die aus den Wurzelkanälen oder paradentalen Taschen stammen oder ein Versagen der Immunitätslage für den ungünstigen Verlauf solcher vom Zahnsystem ausgehenden Entzündungen des Kiefers und des Gesichtes verantwortlich sind, lässt sich nur fallweise vermuten und auch nicht lückenlos beweisen. Befund ist eine Mundbodenphlegmone mit tödlicher Sepsis. Die konservativen Massnahmen der Zahnärztin waren nicht zu rechtfertigen und die Weiterbelassung der Wurzel besonders bei den Zeichen beginnender Entzündung der Wurzel bzw. Kieferbeinhaut und Mundboden müssen als Verletzung gültiger Regeln der zahnärztlichen Wissenschaft aufgefasst werden.”

Fall 2: Zurücklassen von Zahnwurzeln nach Exzision³⁰¹

“1963 kam eine Patientin zur Exzision des 8] zum Zahnarzt, vier Monate später wurde auch der 6] entfernt. Nach weiteren sieben Monaten wurde wegen einer serösen Periostitis im rechten Oberkiefer ein Röntgenbild gemacht, auf der in regio 8 ein Wurzelrest festgestellt wurde. Fünf Tage später verschlechterte sich der Zustand der Patientin, es traten Schwellungen im Bereich des Kieferwinkels und eine Kieferklemme auf. Eine Parotitis wurde als zweifelloose Folge der zurückgelassenen Zahnwurzel diagnostiziert.”

Fall 3: Zurücklassen von Zahnwurzeln nach Exzision³⁰²

“Ein Versicherungsnehmer (Zahnarzt) hat nach der Exzision 2+ die abgebrochene Wurzel stecken lassen und trotz Entzündung des Zahnfachs nichts unternommen, so dass sich eine Knocheneiterung und Sepsis entwickelte, die angeblich dauernde Arbeitsunfähigkeit verursacht hat.”

301 Richard, S. 17

302 Karsten, S. 52, Klammer vom Autor gesetzt

Fall 4: Nach Extraktion nicht vorgenommene Wundbehandlung³⁰³

“Bei einer Extraktion brachen dem Behandler einige Knochenteile ab. Er unterliess es, die Wunde zu säubern, die Sequester zu entfernen und den Patienten wieder zu bestellen. Der Heilungsprozess dauerte unter starken Schmerzen knapp 6 Wochen. Wegen dieses fahrlässigen Verhaltens wurde der Beklagte mit einer Geldstrafe belegt.”
(DM 1'500.—.)

Fall 5: Versicherungsfall: Irrtümliche Extraktion

Der Zahnarzt extrahierte irrtümlicherweise einen Zahn anstatt diesen freizulegen.
Die Haftung wurde bejaht.

Fall 6: Versicherungsfall: Voreilige Extraktion

Der Zahnarzt extrahierte zur Gebisskorrektur unnötigerweise einen Zahn.
Die Haftung wurde bejaht.

Fall 7: Irrtümliche Extraktion³⁰⁴

“Der Zahnarzt extrahierte zunächst versehentlich anstatt [1], der eine chronische apicale Parodontitis hatte, den Zahn [2]. Das Gericht sah in diesem Verhalten eine grobe Fahrlässigkeit, erschwerend dazu kam, dass 1. die Extraktion [2] nicht indiziert war, weil der Zahn gesund war, 2. es sich beim Kläger um einen 20jährigen Patienten handelte, der sonst ein gesundes Gebiss hatte. Der Zahnarzt musste neben Schmerzensgeld Schadenersatz leisten.”

Fall 8: Versicherungsfall: Unsachgemässe Extraktion

Durch die Extraktion des Zahnes 17 wurden am Zahn 16 2 Wurzeln frakturiert, so dass dieser Zahn ebenfalls zu extrahieren war. Es musste deswegen eine verlängerte Brücke eingesetzt werden.
Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 1'271.—.

303 Karsten, S. 60

304 Karsten, S. 54

Fall 9: Versicherungsfall: Zahnbeschädigung durch Extraktion

Während der Extraktion eines Weisheitszahnes wurde mit der Extraktionszange an der Krone des danebenliegenden Zahnes der Porzellanaufbau abgesprengt. Die Krone wurde erst vor einem Jahr neu vom Zahnarzt angefertigt.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 450.—.

Fall 10: Versicherungsfall: Irrtümliche Extraktion

Anstelle der vorgesehenen Extraktion des Zahnes von +4 $\overline{4}$, zog der Zahnarzt irrtümlicherweise den Zahn + $\overline{4}$.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 730.—.

2.5.2.2. Kieferfrakturen

Bei der Entfernung von Zähnen, besonders von Weisheitszähnen, besteht die erhöhte Gefahr eines Kieferbruches. Die Ansichten, ob ein solcher Kieferbruch einen Kunstfehler darstellt, sind geteilt³⁰⁵. Eine solche Beurteilung kann nur anhand des konkreten Einzelfalles vorgenommen werden.

“Ursache einer iatrogenen Kieferfraktur ist eine im Verhältnis zur Belastbarkeit zu grosse Gewaltanwendung.

Handelt es sich um oberflächlich gelegene Zähne in normal starkem Unterkieferknochen, so wird man wohl eine fehlerhafte Technik der Freilegung oder zu grosse Gewaltanwendung womöglich mit ungeeigneten Instrumenten oder durch einen unerfahrenen Operateur anerkennen (Faber, 1960), womit der Vorwurf eines Verstosses gegen die Sorgfaltspflicht begründet wäre. Handelt es sich um impattierte Zähne in zierlichen oder atrophischen Unterkiefern oder im Bereich von Zysten, so könnte eine Fraktur auch bei Beachtung aller Regeln bei einem erfahrenen Operateur auftreten, ohne dass ein Fehler nachweisbar wäre. Hier sollte man die Patienten jedoch am besten in Gegenwart der Helferin oder durch kurze schriftliche Notiz über das erhöhte Risiko informieren, da sonst die Schadenersatzansprüche mangels ausreichender Aufklärung berechtigt sind. Wichtig ist auch hier die ausreichende Röntgendiagno-

305 vgl. Vogel, S. 104: “Auch hier ist die forensische Beurteilung uneinheitlich. In einem Prozess (LG Tübingen 50 92/76) wurde die Klage sowohl hinsichtlich mangelnder Sorgfalt als auch unterlassener Aufklärung abgewiesen, in einem andern Verfahren (LG Hanover 19 0 67/78) wurde die eingetretene Fraktur auf einen groben Behandlungsfehler zurückgeführt und auch die unterlassene Aufklärung gerügt.”

stik vor dem Eingriff, deren Fehlen im Schadensfall mangelnde Sorgfalt nahe legt³⁰⁶.”

Fall 1: Versicherungsfall: Kieferfraktur

Durch die Entfernung des rechten unteren impattierten Weisheitszahnes wurde der Unterkieferknochen gespalten. Der eine Gutachter bejahte das Vorliegen eines Kunstfehlers, während der zweite einen solchen verneinte. Der Schadenfall wurde durch einen Vergleich abgeschlossen.

Fall 2: Kieferfraktur³⁰⁷

“Nach der Extraktion – 8 kam es zur Kieferfraktur. Das Verhängnisvolle in diesem Falle war, dass der Behandler den Kieferbruch nicht bemerkte. Trotz starker Schmerzen und einer grossen Schwellung unterliess er eine Röntgenaufnahme. Aus diesem Grunde sah das Gericht in dem Verhalten des Behandlers eine Fahrlässigkeit. Der Gutachter stellte fest, dass kein übersichtlicher Schleimhautlappen vorhanden war und dass auch keine Naht gelegt wurde, was in diesem Falle unbedingt erforderlich war. Da der Kieferbruch nicht erkannt wurde, sind die Regeln der operativen Zahnentfernung nicht beachtet worden.”

Fall 3: Kieferfraktur³⁰⁸

“Bei der Entfernung eines Wurzelrestes kam es zur Unterkieferfraktur. Der Beklagte wurde verurteilt, weil er durch Nichtanfertigung einer Röntgenaufnahme die Unterkieferosteomyelitis nicht erkannt hatte und somit fahrlässig gehandelt hat.”

Fall 4: Kieferfraktur³⁰⁹

“[5] sollte einem Patienten gezogen werden, gleichzeitig wurde aber die Extraktion $\overline{4\ 3\ 2\ 1}$ luxiert, dazu der knöcherne Kieferanteil dieser fünf Zähne. Der Gutachter räumte ein, dass ein solcher Knochenbruch unbekannt sei, die Fraktur müsse durch besondere Knochenbrüchigkeit bedingt

306 Vogel, S. 105

307 Karsten, S. 62

308 Karsten, S. 63

309 Richard, S. 18

gewesen sein. Im Obergutachten wurde bedingt gesagt, dass es zu diesem Zwischenfall nur durch besonders stark angewandte brachiale Gewalt kommen konnte.”

Fall 5: Versicherungsfall: Kieferfraktur

Bei einer Weisheitszahnextraktion verursachte der Zahnarzt einen Kieferbruch. Während die Expertise einer Universitätsklinik im Verhalten des Dentisten kein Verschulden annahm, bezeichnete der beratende Zahnarzt einer Versicherungsgesellschaft einen Kieferbruch anlässlich einer Weisheitszahnentfernung als einen klaren Verstoss gegen die Regeln der zahnärztlichen Kunst.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 2'000.—.

2.5.2.3. Kieferhöhlenzwischenfälle

Gemäss den Resultaten der Umfrage haben 36% der Zahnärzte während ihrer Berufsausübung einen Zahn, eine Zahnwurzel oder Teile davon in die Kieferhöhle luxiert. Ein solcher Zwischenfall muss an sich noch keine Sorgfaltspflichtverletzung sein. Meistens kann aber ein Kunstfehler bei unterlassener Nachbehandlung angenommen werden. Gabka/Harnisch³¹⁰ gaben eine Übersicht über die noch häufig beobachteten Fehlbehandlungen:

- “1. Es wird keine klare Diagnose gestellt, wozu auch die sichere Feststellung gehört, ob z.B. eine Wurzel in die Kieferhöhle gelangt ist.
2. Es wird versucht, die Perforation durch Spülungen zur Abheilung zu bringen, was regelmässig misslingt.
3. Alveole und Perforation werden mit Tampons versorgt. Das ist ein fehlerhaftes Vorgehen! Auch das Einlegen von Gelatinetampons in die Alveole ist bei einer Perforation nicht zweckmässig.
4. Die Perforation wird länger als 2 Tage belassen, wodurch eine Infektion der Kieferhöhle eintritt. Nur ein Verschluss innerhalb von 48 Stunden hat Aussicht auf Primärheilung.
5. Die alleinige Behandlung mit Antibiotika ohne zusätzliche operativ-plastische Massnahme ist fehlerhaft.
6. Fliesst Eiter aus der Kieferhöhle ab (es ist zu klären, ob eine eitrige Zyste vorliegt) so sind Verschlussmassnahmen kontraindiziert.
7. Belassung von Fremdkörpern oder Wurzelresten in der Kieferhöhle ist mit Sicherheit als Kunstfehler zu werten.”

Fall 1: Kieferhöhlenoperation³¹¹

“Am 27. Juli 1963 wurde einer Patientin [6 gezogen, die Extraktion bereitete keine Schwierigkeiten, doch bemerkte der Behandler, dass die Kieferhöhle eröffnet war. Er tamponierte die Wunde und machte noch am gleichen Tag ein Röntgenbild (Abb. 2). Anhand des Bildes konnte im Extraktionsgebiet ein Fremdkörper festgestellt werden. Die Patientin kam einige Male zur Nachbehandlung, mutmasslich wegen einer infizierten Kieferhöhle, am 6. August 1963 wurde von einem Facharzt der Hals-Nasen-Ohren-Heilkunde eine Kieferhöhlenoperation nach Ladwell-Luc durchgeführt. Die primäre Heilung verlief komplikationslos. Wegen rezidierender Kieferhöhlenentzündung musste die Patientin abermals operiert werden, da Schleimhautreste verblieben waren.”

Fall 2: Kieferhöhlenperforation³¹²

“Bei Extraktion 7+ glitt ein Wurzelrest in die Kieferhöhle. Dieses Hineingleiten eines Wurzelteiles in die OKH ist ein unglückliches Ereignis, sofern bei der Extraktion alle Sorgfalt geübt wurde. In diesem Falle benützte der Behandler den Bein'schen Hebel. Dieser Bein'sche Hebel war zwar nicht das richtige Instrument, aber es kann nicht mit Sicherheit behauptet werden, dass bei der Extraktion des Wurzelrestes mit der Zange das unglückliche Ereignis hätte vermieden werden können. Das Gericht kam trotzdem zu der Auffassung, dass das Zurücklassen eines Wurzelrestes sowohl eines Zahnes mit einer lebenden als auch mit einer bereits toten Pulpa den Regeln der ärztlichen Wissenschaft widerspricht und somit als mangelnde Sorgfaltspflicht angesehen werden muss. Aus diesem Grunde verurteilt das Gericht den Beklagten zu einer Geldstrafe in Höhe von DM 3'450.—.”

Fall 3: Kieferhöhlenperforation³¹³

“Bei der Entfernung +7 entglitt dem Beklagten der Zahn und verschwand in der OKH. Er liess diesen Zustand so und schickte den Patienten nach Hause. Erst als starke Schmerzen mit einseitiger Erblindung auftraten, überwies er den Kläger an eine Zahnklinik. Da dieses Verhalten fahrlässig war und in keiner Weise den zahnärztlich wissenschaftlichen Regeln ent-

311 Richard, S. 20

312 Karsten, S. 65

313 Karsten, S. 66

sprach, wurde der Beklagte für schuldig gesprochen und zu einer Geldstrafe in Höhe von 5'300.— DM verurteilt."

Fall 4: Versicherungsfall: Missachtung einer ausreichenden Heilungsdauer nach einer Kieferhöhlenoperation

Dem Zahnarzt entwich eine Wurzel in die Kieferhöhle. Nach der Behandlung der Kieferhöhle baute der Zahnarzt dem Patienten sogleich die vorgesehene Brücke ein. Einige Tage später meldete sich der Patient beim Dentisten mit Kieferhöhlenschmerzen. Die Brücke musste entfernt werden und die Kieferhöhle einer Nachbehandlung unterzogen werden. Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 1'300.—.

2.5.2.4. Sensibilitätsstörungen

"Durch den Kontakt der Wurzelspitze mit dem Mandibularkanal oder dessen direkte Traumatisierung durch Instrumente oder hineinluxierte Wurzeln kann es zu einer teilweise irreversiblen Schädigung des Nervus alveolaris inferior kommen. Der N. lingualis wird zumeist durch Abrutschen von Instrumenten in den Mundboden verletzt. Die forensische Beurteilung dieser Zwischenfälle ist uneinheitlich. Fehlende präoperative Röntgendiagnostik oder unvollständige Abbildung der Wurzelspitzen legen im Schadenfalle mangelnde Sorgfalt nahe. War infolge enger anatomischer Beziehung der Wurzelspitzen zum Mandibularkanal das Risiko erkennbar, wäre der Anspruch gegebenenfalls wegen mangelnder Aufklärung berechtigt. Auch Verletzungen des N. lingualis sollten bei entsprechender Operationstechnik mit Schonung der lingualen Kortikalis vermeidbar sein³¹⁴."

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass bei einer durch zahnärztliche Behandlung verursachten Nervenschädigung im Mundbereich meistens der Zahnarzt seine Sorgfaltspflicht vernachlässigte und in jedem Falle den Zahnarzt ein Verschulden trifft, wenn er den Patienten über das Risiko einer möglichen Nervenschädigung nicht aufklärt.

Fall 1: Versicherungsfall: Verletzung des nervus mandibularis

Im Verlaufe einer operativen Entfernung eines unteren Weisheitszahnes kam es zu einer Verletzung des nervus mandibularis, was in der Folge zu

einem Ausfall der Sensibilität im rechten Unterkiefer führte. Der Zahnarzt betrachtete sein Verhalten selbst als Sorgfaltspflichtverletzung, da nach den Röntgenbildern die Wurzel den Zahn umschlang und er dies selbst nicht bemerkte. In diesem Falle wäre eine Überweisung des Patienten an einen Kieferchirurgen notwendig gewesen.
Die Haftung wurde bejaht.

Fall 2: Versicherungsfall: Verletzung des nervus lingualis

Der Assistent verletzte während der Präparation des Zahnes $\overline{6}$ unter Mandibularleitungsanästhesie den nervus lingualis.
Die Haftung wurde bejaht.

Fall 3: Versicherungsfall: Verletzung des nervus lingualis

Während der Weisheitszahnentfernung wurde die linguale Kortikalis durchbohrt und der nervus lingualis verletzt. Der Zahnarzt hat den N. lingualis nicht durch subperistales Einlegen eines geeigneten Instrumentes geschützt.
Die Haftung wurde bejaht.

Fall 4: Versicherungsfall: Verletzung des nervus lingualis

Während der operativen Entfernung des unteren rechten Weisheitszahnes wurde der nervus lingualis verletzt. Dies führte zu einer Parästhesie, wodurch an der rechten Kiefer- und Zungenseite eine schmerzhaft empfundene Missempfindung entstand ("Ameisenlaufen"). Um diesen Zustand zu beheben, musste sich der Patient einer Operation unterziehen. Nach Ansicht des Gutachters darf bei einer Weisheitszahnentfernung, welche nach den Regeln der zahnärztlichen Kunst vorgenommen wird, der nervus lingualis höchstens leicht gequetscht werden. Nach Meinung der Fachleute heilt eine solche Quetschung von alleine in ca. 3–4 Monaten.
Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 10'000.—.

2.5.2.5. *Verschiedene chirurgische Zwischenfälle*

Fall 1: Chloräthylexplosion³¹⁵

“Um bei einem 17jährigen Patienten einen Abszess spalten zu können, hatte der Zahnarzt ihm Chloräthyl in den Mund gespritzt. Als er sich mit einer glühenden Schlinge (Thermokauter) der Mundhöhle näherte, entzündete sich das Chloräthyl, und aus dem Mund schoss eine Stichflamme. Dadurch erlitt der Patient Verbrennungen ersten Grades an der Oberlippe und an den Nasenschleimhäuten. Das Gericht verurteilte den 48jährigen Zahnarzt wegen fahrlässiger Körperverletzung zu DM 100.— Geldstrafe. Die Schadenersatzansprüche des Patienten müssen noch in einem Zivilprozess geklärt werden.”

Fall 2: Extraktion mit Chloräthyl³¹⁶

“Der Beklagte nahm eine Extraktion mit Chloräthyl vor. Nach der Vereisung legte der Beklagte die Flasche Chloräthyl auf den Instrumententisch. Er übersah, dass dort eine Flamme brannte. Kurz darauf explodierte die Chloräthylflasche, wobei der Kläger Verbrennungen zweiten Grades erlitt. Es wurde nachträglich festgestellt, dass der Hebelverschluss versagt hatte. Trotzdem aber sah das Gericht in dem Verhalten des Zahnarztes eine Fahrlässigkeit und verurteilte ihn zur Zahlung eines Schadenersatz- und Schmerzensgeldes.”

Fall 3: Nichtentfernung eines Gummistreifens³¹⁷

“Nach der Aussenspaltung eines Abszesses hatte eine Patientin noch fast vier Wochen Beschwerden, mit Eiterabsonderung aus der Wunde. Die Schmerzen klangen auch nach der Extraktion von drei Zähnen nicht ab. Ein zweiter Behandler fand in der Abszesshöhle den Rest eines eingelegten Gummistreifens. Nach dessen Entfernung besserte sich der Zustand der Patientin bald.”

315 Guddat, S. 74

316 Karsten, S. 52

317 Richard, S. 24

Fall 4: Versicherungsfall: Zu früh gemachter Unterfütterungsabdruck

Bei der Extraktion des oberen Molaren +7 wurde die Kieferhöhle links geöffnet. Der Wundverschluss erfolgte durch Blutkoagulum mit Thrombin-Pulver und das Koagulum wurde mit Thrombotuffen für den folgenden Unterfütterungsabdruck der Prothese geschützt. Beim Abdruck geriet dennoch elastische Abdruckmasse durch zu grossen Druck in die Alveole und in den Sinus. Ein erbsengrosses Stück Abdruckmasse konnte nicht mehr aus dem Sinus herausgezogen werden, was eine operative Entfernung dieses Fragmentes und den operativen Verschluss des Sinus durch einen Chirurgen erforderte.

Nach Ansicht des begutachtenden Arztes wurde der Unterfütterungsabdruck vor erfolgter Wundheilung gemacht.

Die Haftung wurde bejaht.

2.5.3. *Bei der Prothetik*

Fall 1: Metallfolienschaden nach Prothesenanfertigung³¹⁸

“Der Kläger liess im Sommer 1966 vom Beklagten eine OK-Prothese anfertigen und bezahlte dafür 367.30 DM. Im Anschluss an eine am 15. Juli 1966 erfolgte Mandeloperation wurde die Stahlprothese am 22. August 1967 vom Beklagten mit Paladon unterfüttert. Nach der Behauptung des Klägers geschah dies zur Erreichung einer besseren Haftung am Kiefer, nach der Behauptung des Beklagten, weil der Kläger über einen sauren Geschmack im Munde klagte. Am 9. Februar 1967 erschien der Kläger beim Beklagten und erklärte, er habe von der Prothese eine Metallfolie, die sich teilweise gelockert habe, abgezogen. In der Zeit von Januar 1967 bis 25. August 1967 war der Kläger bei verschiedenen Ärzten wegen eines Metallsplitters in Behandlung, der sich in seiner Speiseröhre festgesetzt hatte. Teile desselben wurden am 25. August 1967 operativ entfernt. Der Rest verblieb in der Speiseröhre, weil die völlige Entfernung nach der Meinung des Operateurs einen schwierigen und nicht erfolgssicheren Eingriff erforderte. Der Kläger hat mit der Behauptung, die vom Beklagten gefertigte Prothese sei unbrauchbar gewesen, die Rückzahlung des dafür gezahlten Honorars von 367.30 DM begehrt. Er hat weiter behauptet, der in seiner Speiseröhre befindliche Metallsplitter stamme von der Folie, die sich an der Prothese befunden habe und entgegen den Regeln der zahnärztlichen Wissenschaft vor der Ablieferung nicht entfernt worden sei. In-

folgedessen hat der Kläger den Beklagten auch auf die Erstattung der Kosten in Anspruch genommen, die durch die Behandlung wegen des in seiner Speiseröhre befindlichen Metallteilchens entstanden sind und die er einschliesslich Fahrkosten usw. auf 1'256.70 DM beziffert hat. Schliesslich hat der Kläger wegen der erlittenen Schmerzen bei dem operativen Eingriff ein Schmerzensgeld von mindestens 8'000.— DM nebst 4% Zinsen seit Klagestellung und die Feststellung begehrt, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm auch alle künftigen Schäden zu ersetzen, die daraus entstehen werden, dass sich von der fehlenden Prothese ein Metallteilchen gelöst und in seiner Speiseröhre festgesetzt habe.

Das Landgericht in K. hat nach durchgeführter Beweisaufnahme durch Urteil vom 3. Dezember 1969 den vom Kläger begehrten Ersatz seines Sachschadens in Höhe von 1'624.— DM nebst Zinsen und den Feststellungsanspruch voll, den Schmerzensgeldanspruch dagegen nur in Höhe von 2'000.— DM zugesprochen."

Fall 2: Kariesbelassener Brückenpfeiler³¹⁹

"Anfang 1970 fertigte der Beklagte im OK eine 3gliedrige Brücke an. Er übersah dabei einen kariösen Defekt an einem Pfeilerzahn. Nachdem im März 1970 starke Schmerzen, die trotz mehrfacher Behandlung nicht nachliessen, an der Brücke auftraten, wurde dieselbe entfernt. Der Kläger beantragte, den Beklagten zu verurteilen, dass er ihm Schadenersatz erstatte und den Kosteneigenanteil zurückerstatte.

Der Beklagte wurde verurteilt, an den Kläger 130.— DM Geldstrafe zu zahlen. Das Gericht beurteilte sein Verhalten als fahrlässig, daher die Geldstrafe und 4% Zinsen."

Fall 3: Unterlassene exakte Befundaufnahme bei Brückenanfertigung³²⁰

"Anfang September 1968 fertigte der Beklagte im UK eine Brücke an. Nach 6 Monaten stellten sich beim Kläger Schmerzen an dieser Brücke ein. Eine konservative Behandlung hatte keinen Erfolg. Anhand einer Röntgenaufnahme wurde dann ein Granulom an einem Pfeilerzahn diagnostiziert. Der Zahnarzt entfernte die Brücke und extrahierte anschliessend den beherdeten Zahn. Der Kläger beantragte Schadenersatz in Höhe von 3'216.— DM. Das Gericht verurteilte den Beklagten zu einer Geldstrafe in oben beantragter Höhe, da es das Verhalten des Beklagten als

319 Karsten, S. 86

320 Karsten, S. 89

fahrlässig ansah (276 BGB). Die Selbstkosten wurden dem Kläger zurück-erstattet.”

Fall 4: Fehler bei der Abdrucknahme³²¹

“Für eine Patientin sollten an den vier oberen mittleren Schneidezähnen Jackettkronen gefertigt werden. Die Zähne wurden beschliffen und die Zahnstümpfe mit einem Kupferring-Kerr-Abdruck abgeformt.

Von diesem Abdruck hätte ein Modell gefertigt werden müssen, und nach Angaben des Behandlers ist dies auch geschehen.

An diesem Modell ist der individuelle Löffel nachzuformen, wie es von der Herstellerfirma “Trayresin” vorgesehen war. In der Gebrauchsanweisung ist nicht die Rede davon, dass diese Masse für einen Abdruck verwendet werden darf und kann. Es heisst darin, dass der individuelle Löffel am Modell geformt werden muss, wobei das Modell mit Asbest und mit einer Isolierflüssigkeit zu überziehen ist. Würde man keine Isolierung vornehmen, so verbindet sich Löffel mit Masse untrennbar fest miteinander, auf jeden Fall wird das Modell bei dem Versuch, beide zu trennen, dabei zerstört. Die “Trayresin”-Masse bindet rasch endotherm und ist danach steinhart.

Normalerweise wird, nachdem man den individuellen Löffel aus “Trayresin” gefertigt hat, dass “Rubber-Jel” – eine Abformmasse, die recht kostspielig ist – in den sehr harten, erkalteten Löffel gefüllt und ein Abdruck im Munde des Patienten genommen. Mit dieser Methode bekommt man einen sehr genauen Abdruck.

Vom Zahnarzt, der nach Ansicht der Sachverständigen sehr alt gewesen ist, wurde die Methode insofern falsch verstanden, als er nicht das “Rubber-Jel” zum Abdruck des Patienten nahm, sondern das “Trayresin”. Er brachte die Masse in den Mund des Patienten und liess sie dort abbinden. Wer die Härte dieser Masse geprüft hat, wird verstehen, dass das Herausbohren sehr mühevoll für Patient und Behandler gewesen sein muss. 21 brach dabei ab und musste deshalb extrahiert werden.”

Fall 5: Versicherungsfall: Ungenügende Einpassung einer Brücke

Die Retensionsform der Pfeilerzähne war ungenügend, weil die Brücke sich ständig davon löste. Eine Neuanfertigung der Brücke war notwendig. Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 1'200.—.

Fall 6: Versicherungsfall: Durch mangelhafte Brücke verursachte Parodontose

Durch die mangelhafte Brückenkonstruktion wurde das Zahnfleisch im Unterkiefer chronisch gereizt. Da im Oberkiefer kein Schaden entstand (keine Parodontose) wurde angenommen, dass im Unterkieferbereich ebenfalls kein Schaden entstanden wäre, sofern man die Brücke richtig konstruiert hätte.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 11'448.—.

Fall 7: Versicherungsfall: Ungenügende Einpassung von Brücken

Einer Patientin wurden 3 Brücken in den Mund eingegliedert. Nach einem halben Jahr hatte die Patientin Zahnfleischentzündungen mit Taschenabszessen. Ein Parodontologe musste eine ausgedehnte Zahnfleischbehandlung durchführen und dabei feststellen, dass bei zwei Brücken sich jeweils ein Zahn gespalten hatte, so dass beide Brücken im vergrößerten Ausmasse neu gemacht werden mussten.

Der Gutachter stellte ein Missverhältnis von Wurzel und Stift fest. Die Wurzelfrakturen sind durch das Einsetzen der Brücke verursacht worden. Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 9'000.—.

Fall 8: Versicherungsfall: Unterlassung einer definitiven Einzementierung der Brücke

Der Zahnarzt vergass die provisorisch eingesetzte Brücke dem Patienten definitiv einzuzementieren. Nach 2jähriger Tragdauer fiel die Brücke dem Patienten während des Essens aus dem Munde. Die Brücke musste neuangefertigt werden.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 4'200.—.

Fall 9: Versicherungsfall: Unsorgfältige Vorbereitung einer Brückenkonstruktion

Während der Abdrucknahme für eine Brückenkonstruktion im Unterkiefer wurde eine alte Brücke im Unterkiefer rechts gelöst und der Komposit-Aufbau auf 44 frakturiert. Dies geschah, weil der Zahnarzt die bestehende Brücke nicht mit Abdeckmaterial schützte.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 1'850.—.

Fall 10: Versicherungsfall: Fehlerhaftes Einpassen einer Brücke

Während der Einpassung einer Porzellan-Brücke im Oberkiefer rechts wurden die bukkalen Höcker der seitlichen Backenzähne im Unterkiefer zu stark beschliffen.

Ein anderer Zahnarzt musste deswegen die Wiederherstellung der Kauflächen im Unterkiefer vornehmen.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 1'232.—.

Fall 11: Zahnersatz vor Ausheilung und Vernarbung der Extraktionswunde³²²

“Patientin begibt sich in die Behandlung eines Zahnarztes, um sich künstlich Zahnersatz im Oberkiefer anfertigen zu lassen. Es sind zu diesem Zweck innerhalb mehrerer Tage acht Zähne, bzw. Wurzelreste aus dem Oberkiefer operativ entfernt worden. Der Zahnarzt hat die Patientin angewiesen, sie solle wiederkommen, sofern sich Beschwerden einstellen würden, ohne Auftreten solcher erst nach erfolgter Verheilung der Extraktionswunden. Neun Tage nach diesem Eingriff erscheint die Patientin und wünscht die Anfertigung des Zahnersatzes innerhalb weniger Tage, da sie zu einer Hochzeit müsse und auf alle Fälle den Ersatz bis dahin benötige, sie wolle lieber mehr bezahlen, wenn nur das künstliche Gebiss bis dahin fertig würde. Die Wunden waren zu der Zeit notdürftig geschlossen. Der Zahnarzt hat das Gebiss in der gewünschten Zeit angefertigt und das Gebiss der Patientin eingesetzt. Im Laufe der Zeit sind Zahnfleisch und Knochen “ingesunken”, sodass das künstliche Gebiss nicht mehr dem Kiefer voll aufliegt und Kaufunktion nicht mehr möglich ist. Patientin verweigert aufgrund dessen die Zahlung des Honorars.

Gutachten: Nach Entfernung von Zähnen oder Zahnwurzeln verändert sich die Knochenstruktur sowie das Zahnfleisch im Sinne einer Gewebeschrumpfung. Der Grad der Schrumpfung ist von der Grösse des Defektes nach Extraktion, sowie vom Alter des Patienten abhängig. Die Wartezeit nach erfolgter Entfernung der Zähne schwankt, sie kann unter Umständen bis zu einem halben Jahr dauern. Infolge dieser jedem Zahnarzt bekannten Tatsache muss vor Anfertigung des Zahnrestes das Ende des Vernarbungsprozesses abgewartet werden. Geschieht diese nicht, so passt der Ersatz nicht mehr, d.h. er liegt dem Kiefer nicht mehr genau auf, es entstehen zwischen dem Ersatz und dem Kieferknochen hohl liegende Stellen, die das Ansaugen der Platte erschweren oder unmöglich machen und somit die Kaufunktion stören. Auch in kosmetischer Hinsicht genügt häufig ein solcher Ersatz den Anforderungen nicht. Einem Teil der Bevölkerung

sind diese Tatsachen sehr wohl bekannt. Weite Kreise haben davon keinerlei Kenntnis und es versteht sich pflichtgemäss, die Betroffenen ausdrücklich darauf aufmerksam zu machen, sofern sie vor der Vernarbung die Anfertigung des Ersatzes wünschen. Geschieht dieses nicht, so begeht der behandelnde Zahnarzt damit einen Fehler, wenn er trotzdem Zahnersatz anfertigt. Um hier einen Ausweg zu schaffen, wird auf ausdrücklichen Wunsch vieler Patienten sogenannter provisorischer Ersatz angefertigt, der naturgemäss besondere Kosten verursacht. In diesem Falle hätte der Beklagte den endgültigen Zahnersatz ablehnen müssen. Selbst eine schriftliche Willensäußerung des Patienten schliesst die Schadenersatzpflicht nicht aus, wenn der Zahnarzt wider besseres Wissens und entgegen den Regeln der zahnärztlichen Wissenschaft handelt.”

2.5.4. *Bei der Anästhesie und Narkose*

Fall 1: Nadelbruch³²³

“Bei einer Leitungsanästhesie kam es zum Nadelbruch, die trotz Operation nicht entfernt werden konnte. Der Kläger beantragte Schadenersatz in Höhe von 1’437.— DM. Der Klage wurde stattgegeben, da einwandfrei festgestellt wurde, dass der Nadelbruch auf eine falsche Injektionstechnik des Beklagten zurückzuführen ist. Der Beklagte musste Schadenersatz und die Gerichtskosten bezahlen.”

Fall 2: Nadelbruch³²⁴

“Bei der Leitungsanästhesie kam es zum Bruch der Kanüle, die operativ entfernt werden konnte. Der Beklagte musste Schmerzensgeld und Schadenersatz bezahlen, weil er eine zu kurze Kanüle benutzte. Eine kurze Kanüle erfüllt bei einer Leitungsanästhesie fachlich nicht die an sie gestellten Forderungen.”

Fall 3: Nadelbruch³²⁵

“Bei einem Kanülenbruch bei Leitungsanästhesie trat eine Stunde nach der Injektion eine Lähmung des N. facialis auf. Auch in diesem Falle

323 Karsten, S. 109

324 Karsten, S. 109

325 Karsten, a.a.O.

wurde der Zahnarzt zur Zahlung verurteilt, weil er nicht unter Knochenkontakt injiziert hatte.”

Fall 4: Falsches Verhalten und Nadelbruch³²⁶

“In einem weiteren Falle wurde ein Zahnarzt verurteilt, weil er nach Nadelbruch eine Stunde lang versucht hat, die Nadelspitze zu entfernen. Er wurde deswegen verurteilt, weil es ihm bekannt sein musste, dass die Entfernung dieses Fremdkörpers mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist. Er hätte den Patienten sofort nach Nadelbruch in eine Fachklinik überweisen müssen.”

Fall 5: Versicherungsfall: Zahnschaden infolge Narkose

Beim Einleiten der Narkose hatte der Patient Krämpfe bekommen und dabei auf den Tubus gebissen. Dabei wurden zwei kranke Zähne abgebrochen. Dies wäre nach Meinung des Gutachters zu verhindern gewesen, hätte sich die Narkoseärztin vom Zustand der Zähne überzeugt und danach die durch Einlegen von Gummistreifen nötigen Vorsichtsmassnahmen getroffen.

Die Haftung wurde bejaht.

Fall 6: Versicherungsfall: Fahruntüchtigkeit nach Lokalanästhesie

Der Patient wurde aus der Praxis nach der Extraktion eines Weisheitszahnes sofort entlassen. Der behandelnde Zahnarzt wies den Patienten nicht auf eine mögliche Fahruntüchtigkeit hin. Nach wenigen Metern Autofahrt realisierte der Patient ein Rotlicht zu spät, so dass er eine Kollision verursachte.

Die Haftung wurde abgelehnt, da der Gutachter feststellte, dass der Zahnarzt eine Prädispositionsuntersuchung gemacht hatte und keine Kontraindikation des Anästhetikums bekannt war, (was aber m.E. näher zu prüfen wäre). Vorteilhafter, wenn er den Patienten vor Verlassen der Praxis nach erfolgter Anästhesie auf eine mögliche Beeinträchtigung der Fahrtüchtigkeit aufmerksam macht³²⁷.

³²⁶ Karsten, S. 110

³²⁷ vgl. Vogel, S. 102: “Wenig bekannt sind auch symptomatische Psychosen, die bis zu 24 Stunden nach einer Lokalanästhesie anhalten können, weshalb man den Patienten vor der Benutzung eines eigenen Kraftfahrzeuges warnen soll” (Hannfelder und Mitarb., 1974), vgl. auch Guddat S. 49, welcher eine Tabelle von Horatz K. (Die Kurznarkose in der zahnärztlichen Chirurgie, Zahnärztl. Praxis 18, 169/1967) abgedruckt, welche eine Zusammenstel-

Fall 7: Todesfall nach Xylocain-Überdosis³²⁸

“Zur Entfernung eines Haemangioma capillare kam es nach Infiltrationsanästhesie mit 4ml einer 2prozentigen Xylocain-Norepinephrin-Lösung bei einem 7 1/2 Monate alten Säugling zum Exitus, und zwar unter dem Zeichen einer Atemstörung und eines akuten Kreislaufversagens. Der Vorgutachter nahm an, dass mit aller Wahrscheinlichkeit der Tod des Kindes durch eine Überdosierung des Medikamentes in Zusammenwirkung mit einer Gefäßverletzung eingetreten sei. Nach dem Zweitgutachter lag die Dosierung des Lokalanästhetikums ebenfalls oberhalb der empfohlenen Höchstdosierung.”

Fall 8: Gehirnmembolie³²⁹

“Nach Injektion von Novocain-Corbasil zur Zahntentfernung kam es kurze Zeit später zu starker Benommenheit, so dass die Klägerin ohne fremde Hilfe nicht mehr aufstehen und nur mit fremder Hilfe ihre Wohnung verlassen konnte. Das Landgericht kommt in seinem Urteil zu einer Entlastung des Zahnarztes, weil die “offenbar stattgehabte Gehirnmembolie” als Ursache der Injektion nicht wahrscheinlich ist, da “Novocain-Corbasil keine aderverengende und blutdrucksteigernde Wirkung hat.”

Zur Vermeidung des Vorwurfes einer Sorgfaltspflichtverletzung muss der Zahnarzt bei Eingriffen unter Vollnarkose unbedingt mit einem Fachanästhesiologen oder Kollegen mit entsprechender Ausbildung und Erfahrung auf diesem Gebiet zusammenarbeiten³³⁰. Diese Ansicht wird auch dadurch bestätigt, dass 88% der befragten Zahnärzte keine Patienten unter Vollnarkose in ihrer Praxis behandeln und nur

lung einiger zentral wirksamer Analgetika mit Angabe der entsprechenden Zeiten, nach welchen eine Strassenverkehrsfähigkeit wieder gewährleistet ist, enthält.

“Medikament

(Trichloräthyl)

(Chloräthyl)

Ather- Vinydan

— Cyclopropan

— Halothan

— (Penthrane)

Barbiturate

(Brevimytal)

Epontol

CI-581

Strassenfähigkeit

nach 2 Stunden

nach 2 Stunden

nach 2 Stunden

nach 1–2 Stunden

nach 2 Stunden

nach 4 Stunden

nach 24 Stunden

nach 2–6 Stunden

nach 30 Min. bis 2 Stunden

nach 2–3 Stunden in

Begleitung”

328 Kirsch, S. 405

329 Kirsch, a.a.O.

330 Guddat, S. 61 f.

5% dies unter Mitwirkung eines Anästhesiologen tun. 7% der Befragten antworteten nicht auf diese Frage.

Fall 9: Unterlassene Hinweise auf Injektionsfolgen³³¹

“Der Kläger suchte am 4. März 1969 wegen einer Mandelentzündung die Sprechstunde des Beklagten auf. Nach eingehender Untersuchung erhielt er eine Spritze in das Gesäss, mit Megacillin forte, einem hochdosierten Penicillinpräparat. Danach schrieb der Beklagte ihm ein Rezept aus. Nach Einkauf seiner auf dem Rezept vermerkten Medikamente (etwa 1/2 Stunde später), bestieg der Kläger seinen PKW und wollte nach Hause fahren. 20 Minuten später geriet der Kläger nach Durchfahren einer leichten Linkskurve von der Fahrbahn und prallte gegen einen Baum. Der Sachschaden und die Wertminderung betrugen 3'927.29 DM. Der Kläger gibt plötzliche Bewusstseinsstörungen an und konnte sich an nichts mehr erinnern.

Die Klage hatte Erfolg. Der Beklagte hat durch Unterlassen eines gebotenen Hinweises auf mögliche Nebenerscheinungen der Megacillin-forte-Injektion und auf die möglichen Gefahren, die die Autofahrt mit sich bringen könne, schuldhaft eine ihm aus dem Behandlungsvertrag obliegende Sorgfalts- und Aufklärungspflicht verletzt und ist dem Kläger daher zum Ersatz verpflichtet. Diese schuldhafte Verletzung des Behandlungsvertrages bewirkt nach den Grundsätzen über die positive Vertragsverletzung seine Haftung für den infolge des unterlassenen Hinweises eingetretenen Schaden, es liegt eine fahrlässige Unterlassung der erforderlichen Warnung vor.”

2.5.5. *Bei der Röntgenographie*

Fall 1: Unterlassung einer Röntgenaufnahme³³²

“Der Kläger begab sich früh morgens in die Behandlung, um auf Anraten seines Zahnarztes sich eine Krone (Vollkrone +5) anfertigen zu lassen. Vor der Präparation, die unter Injektion durchgeführt wurde, wurde eine Röntgenaufnahme unterlassen. Nach dem Abdruck wurde der beschliffene Zahn mit einer Schutzkappe versehen. Am Mittag traten starke Schmerzen auf, die der Kläger nach telefonischer Rücksprache mit seinem

³³¹ Karsten, S. 137

³³² Karsten, S. 118

Zahnarzt mit Tabletten zu betäuben versuchte, jedoch ohne Erfolg. Als am folgenden Tage der Zahnarzt die fertige Krone einsetzen wollte, wies der Kläger ihn auf die starken klopfenden Schmerzen im Bereich des Zahnes hin. Trotzdem zementierte der Beklagte die Krone ein. Da die Schmerzen nicht nachliessen erhielt der Patient Penicillin und Bestrahlung. Nach Anhalten der Schmerzen suchte der Kläger nach 2 Wochen einen anderen Zahnarzt auf, der nach eingehender Untersuchung den Zahn (Krone) röntgen liess. Der Befund lautete: apicale Aufhellung und Resorption der Wurzel. Er trepanierte den Zahn und teilte dem Patienten mit, dass er sich nach erfolgreicher Wurzelbehandlung eine neue Krone anfertigen lassen müsste.

Der Kläger beantragte hierauf ein Schmerzensgeld in Höhe von 750.— DM und eine kostenlose Weiterbehandlung (Wurzelbehandlung und eine neue Krone) von seinem ihm zuerst behandelnden Zahnarzt.

Urteil:

Das Gericht gibt der Klage nach. Es verurteilt den Zahnarzt, ein Schmerzensgeld in Höhe von 750.— DM zu zahlen und den Zahn des Klägers gewissenhaft durchzubehandeln und mit einer neuen Krone zu versehen.

Entscheidungsgründe:

Der § 276 BGB tritt hier in Kraft. Der Gutachter und das Gericht kamen übereinstimmend zu dem Entschluss, dass der Beklagte seine Sorgfaltspflicht vernachlässigt habe, indem er sich vor der Präparation nicht in vollem Umfang von der Beschaffenheit der Wurzel überzeugt habe, was nur durch eine Röntgenaufnahme möglich gewesen wäre. Ausserdem habe er die steten Schmerzen nach Einsetzen der Krone nicht gewissenhaft genug untersucht. Anhand der Röntgenaufnahme hätte er gesehen, dass diese Behandlungsmethode keinen Erfolg hätte garantieren können.”

Fall 2: Unterlassene Röntgenaufnahme³³³

“Der Kläger klagte über Schmerzen im rechten Unterkiefer. Der Zahnarzt konnte weder einen kariösen Zahn noch eine Munderkrankung diagnostizieren. Trotz Verabreichung von Penicillin und steter Bestrahlung nahmen die Schmerzen nicht ab, sondern wurden stärker und zogen bis zur Temporalgegend. Daraufhin überwies der Beklagte den Patienten zu einem Hals-Nasen-Ohren-Arzt. Dieser fertigte Röntgenbilder an und erkannte, dass die Schmerzen durch retinierte Weisheitszähne ausgelöst wurden.

Der Kläger beantragte Schadenersatz von 733.41 DM wegen längerer falscher Behandlung. Das Gericht gab der Klage statt. In den Entscheidungsgründen hiess es, dass der Zahnarzt infolge einer falschen Diagnose eine falsche Behandlung durchgeführt habe. Bei einer genauen Untersuchung hätte er den Grund der Schmerzen erkennen müssen. Da er einwandfrei seine Sorgfaltspflicht vernachlässigt und somit einen einschneidenden Fehler in der Behandlung ausgeübt habe, sprach das Gericht den Zahnarzt für schuldig und verurteilte ihn zur Zahlung von 427.— DM.”

Fall 3: Unterlassung einer klaren und übersichtlichen Röntgenaufnahme³³⁴

“Am 20. August kam Frl. A. B. in meine Behandlung. Sie klagte über schon länger bestehende Schmerzen im linken Unterkiefer und schuldigte den —4 an. Dieser war völlig intakt und erwies sich als vital, —5 —6 —7 fehlten, die Schleimhaut war leicht druckempfindlich, sonst ohne Befund. Als Vorgeschichte erfuhr ich folgendes: Patientin war im Juni 1935 mit dem —7 bei einem Dentisten in ihrer Nähe in Behandlung. Die Behandlung wurde fünfmal ohne Erfolg abgeschlossen, so dass der Zahn gezogen wurde. Da immer wieder Schmerzen auftraten, wurden auch —5 und —6 gezogen, obwohl sie ganz in Ordnung waren.

Ab 16. November 1935 setzten wieder heftige zum Ohr ausstrahlende Schmerzen ein, so dass der Dentist Frl. B. ins Krankenhaus überwies. Eine Röntgenaufnahme soll nichts ergeben haben, und man sagte der Patientin, dass es sich um Nervenschmerzen handle. Am 28. November wurde Patientin bettlägrig und kam für 14 Tage ins Krankenhaus, wo Bestrahlungen gemacht wurden, die aber keine Besserung brachten. Patientin kam mehrmals zur Nachbehandlung und erhielt Einspritzungen am Kieferwinkel. Am 16. und 19. Januar 1936 wurde Patientin im Krankenhaus der Kopf völlig in Watte eingepackt. Mitte Juni wurde Frl. B. wieder arbeitsunfähig und suchte einen Arzt für biologische Heilmethoden auf; dieser beschränkte sich auf die Verordnung von Tropfen und Tabletten und riet der Patientin am 20. August 1936 einen Zahnarzt aufzusuchen. So bekam ich die Patientin zu Gesicht und äusserte meine Bedenken gegen die Diagnose der Nervenschmerzen angesichts des Alters von 15 Jahren und der guten Konstitution. Eine sofort entwickelte Röntgenaufnahme ergab einen verlagerten Weisheitszahn; die Ausmeisselung, die ohne Schwierigkeiten gelang, förderte eine kompakte Zahnkrone zutage. Am 22. August 1936 erschien die Patientin und klagte über Nachschmerzen; es erfolgte Wundbehandlung und Bestrahlung. Am 27. August 1936

kam FrI. B. mit strahlendem Gesicht wieder und erklärte, seit Tagen völlig ohne Schmerzen zu sein."

2.5.6. *Bei der Bestrahlung*

Fall 1: Bestrahlungsschaden³³⁵

"Nach der Extraktion der Schneidezähne bestrahlte der Zahnarzt den Patienten mit viel zu stark eingestelltem Radarmedgerät. Es entstand eine grosse Brandwunde, der eine Nekrose der Oberlippe folgte. Diese Verletzung musste operativ verschlossen werden.

Dem Antrag des Klägers, dass der Zahnarzt an ihn Schmerzensgeld und Schadenersatz in Höhe von insgesamt 6'155.35 DM zu zahlen hätte, folgte das Gericht. In seiner Urteilsbegründung kam es zu der Auffassung, dass der Beklagte fahrlässig gehandelt habe, indem er zunächst das Radarmedgerät viel zu stark eingestellt habe, zum anderen, dass weder er selbst noch eine Helferin bei der Bestrahlung dabei geblieben war. Der somit entstandene Schaden ist einwandfrei auf ein fahrlässiges Verhalten des Beklagten zurückzuführen und er muss somit für den entstandenen Schaden haften."

Fall 2: Bestrahlungsschaden³³⁶

"In diesem Falle trat nach durchgeführter Extraktion und Bestrahlung mit Vitalux eine Verbrennung auf, da die Bestrahlung falsch eingestellt war und zu lange durchgeführt wurde (1/2 Stunde). Es kam zu einer Verbrennung, die gerade noch medikamentös behandelt werden konnte. Auch hier wurde der Beklagte mit einer Geldstrafe in Höhe von 472.51 DM belegt, da das Gericht auf fahrlässiges Verhalten des Beklagten erkannte."

³³⁵ Karsten, S. 134

³³⁶ Karsten, S. 135

§ 2 Beim Subjekt der Haftpflichtforderung

I. Grundsatz: Direkt betroffene Person

Subjekt der Schadenersatzforderung ist der Geschädigte. Wer gilt im Haftpflichtrecht als Geschädigter, als Berechtigter eines Schadenersatzanspruches? Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung³³⁷ ist nur der direkt einen unmittelbaren oder mittelbaren Schaden Erleidende anspruchsberechtigt oder dessen Rechtsnachfolger. Demnach sind sog. Dritte, welche bloss indirekt durch einen Schaden betroffen werden (man spricht in diesem Zusammenhang auch von Reflexwirkung)³³⁸, von einer Schadenersatzforderung gegen den Zahnarzt ausgeschlossen. So ist z.B. der Arbeitgeber durch den vom Zahnarzt verursachten, verletzungsbedingten Arbeitsausfall des bei ihm angestellten Arbeitnehmers (Patienten) nicht Schadenersatzberechtigter, aber auch der Versicherer, der einen Schaden aufgrund eines Vertrages mit dem Zahnarzt zu bezahlen hat, ist nur indirekt Geschädigter und hat demnach keinen Ersatzanspruch gegen den Täter³³⁹. Der Zweck dieser Interessenbeschränkung liegt im Schutze des Haftpflichtrechtes³⁴⁰.

II. Ausnahme: Versorgerschaden³⁴¹

Art. 45 III OR:

“Haben andere Personen durch die Tötung ihren Versorger verloren, so ist auch für diesen Schaden Ersatz zu leisten.”

Hier steht nicht so sehr der Schaden im Vordergrund, sondern die davon indirekt oder direkt betroffene Person. Als Versorger gilt, wer der direkt oder indirekt betroffenen Person tatsächlich und regelmässig Beiträge zur Unterstützung des Lebensunterhaltes leistet oder in Zukunft wahrscheinlich leisten würde. Zu beachten bleibt auch der Genugtuungsanspruch der Angehörigen des Getöteten nach Art. 47 OR³⁴².

337 u.a. BGE 99 II 223

338 von Tuhr/Peter I, S. 432 f.

339 von Tuhr/Peter, a.a.O.

340 vgl. Oftinger I, S. 64 N 52

341 vgl. von Tuhr/Peter I, S. 434, Guhl/Merz/Kummer, S. 170 f., Oftinger I, S. 231 ff.

342 vgl. S. 157 ff.

3. Abschnitt: Wirkung der Haftpflicht des Zahnarztes

1. Kapitel: Schadensberechnung

§ 1 Begriff

Nach Oftinger ist die Schadensberechnung "die Methode zur zahlenmässigen Bestimmung der Höhe eines Schadens, für den Ersatz gefordert wird"³⁴³.

Die Schadensberechnung ist die Voraussetzung der nachfolgenden Schadenersatzbemessung. Die Bedeutung der Schadensberechnung ist in der Praxis nicht zu unterschätzen. Der Schadenersatz kann dem Patienten ohne genaue Schadensberechnung nicht zugesprochen werden³⁴⁴.

§ 2 Grundsätze

I. Zeitpunkt

Massgebend hierfür ist immer der Zeitpunkt des Urteils. Dieser Zeitpunkt gilt "nach Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich für jede Schadensberechnung"³⁴⁵.

Ebenso gehört zum Schaden der Zins für das Kapital, dessen Bezahlung als Schadenersatz verlangt wird. Dieser ist vom Tage des Eintrittes des Schadenereignisses geschuldet und beträgt 5% (Art. 73 I OR).

II. Ersatz des gegenwärtigen Schadens

1. Grundsatz

Unter dem gegenwärtigen Schaden ist diejenige Vermögenseinbusse zu verstehen, welche bis zum Zeitpunkt des Urteils überblickbar und liquid ist.

343 Oftinger I, S. 170 f.

344 Oftinger, a.a.O.: "Der Kläger mag sich mit seinem Haftpflichtanspruch noch so sehr im Rechte fühlen, er kommt ohne tunliche Substanziierung in der Regel nicht zu seinem Gelde."

345 M. Keller, Tafel 69, BGE 81 II 49

2. *Ausnahme*

Ist ein künftiger Schaden entstanden, der im Zeitpunkt des Urteils noch nicht vorhanden ist, so kann dieser ausnahmsweise berücksichtigt werden, wenn er mit ausreichend hoher Wahrscheinlichkeit eintritt und genügend genau zu berechnen ist³⁴⁶.

Eine weitere Ausnahme für einen künftigen Schaden, der jedoch in die Schadensberechnung miteinbezogen wird, ist derjenige der Körperverletzung und Tötung. Obwohl dies als Ausnahme gilt, werden bei der zahnärztlichen Haftung die meisten Schäden durch Körperverletzung verursacht.

III. *Vorteilsanrechnung*

1. *Begriff und Wesen*

Um die Vorteilsanrechnung richtig zu erfassen, ist vom Begriff des Schadens auszugehen. "Der Schaden stellt eine Vermögensverminderung dar, somit ein Passivum, woraus sich konsequenterweise ergibt, dass ein durch den schadenverursachenden Vorgang bewirkter Vorteil, als Aktivum vom Schaden abzuziehen oder m.a.W. dem Geschädigten zugunsten des Haftpflichtigen anzurechnen ist. Andernfalls entstünde eine Bereicherung des Geschädigten, was im Schadenersatzrecht nach Möglichkeit vermieden wird³⁴⁷."

Welche Bedeutung der Vorteilsangleichung zukommt, veranschaulicht der folgende Sachverhalt eines Urteils:

"Frau R. war bei einem Badeaufenthalt auf Sylt am 5. Juni 1971 dadurch zu Fall gekommen, dass der Beklagte ihr ein Bein stellte. Als der Beklagte versuchte, sie noch aufzufangen, schlug sie mit dem Gesicht auf seinem Knie auf und fiel anschliessend zu Boden. Sie setzte zunächst ihren Urlaub fort und suchte nach Urlaubsende am 14. Juni 1971 einen Zahnarzt auf. Dieser gliederte ihr anstelle ihres bisherigen Zahnersatzes, der teils 12, teils 19 Jahre alt war, einen neuen ein, für den sie insgesamt DM 5'578.30 bezahlen musste. Die Klägerin gewährt ihr auf diesen Betrag einen Vorschuss von DM 2'646.—, nachdem Frau R. zuvor ihren Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten in entsprechender Höhe an sie abgetreten hatte. Die Klägerin behauptete zur Begründung ihrer auf Erstattung der DM 2'646.— gerichteten Klage, bei dem vom Beklagten verschuldeten Sturz der Frau R. sei deren bisheriger Zahnersatz im Oberkiefer zerbrochen. Nur deshalb sei es erforderlich gewesen, für sie einen neuen Zahnersatz mit den erwähnten Kosten herzustellen³⁴⁸."

346 Oftinger I, S. 172

347 Oftinger I, S. 178

348 Urteil des OLG Frankfurt/Main vom 29. März 1977, publiziert in Vers.R 1979, Heft 2, S. 38

Wie sind nun die Kostenersparnisse von Frau R. in Rechnung zu stellen, da sie in einigen Jahren ihren bisherigen Zahnersatz auch ohne Unfall zu ersetzen hätte und ihr somit die gleichen Kosten angefallen wären, welche sie nun vom Beklagten fordert?

2. *Voraussetzungen zur Vorteilsanrechnung*

2.1. *Adäquater Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Ereignis und eingetretenem Vorteil*

Zur Ausgleichung können aber nur solche Vorteile gelangen, "welche als Wirkung des schädlichen Ereignisses betrachtet werden können"³⁴⁹. Massgebend können demnach nur solche Vorteile sein, welche in einem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen anzurechnendem Vorteil und dem schädigenden Ereignis stehen. Vorteile, welche ausserhalb aller Wahrscheinlichkeit und Erfahrung des Lebens liegen, so dass man diese als reinen Zufall bezeichnen kann, sind nach heutiger Ansicht der Lehre und Rechtsprechung keine adäquaten Vorteile. So ist dem Geschädigten das Geschenk, welches er von einem Dritten zum Troste erhält, nicht als Vorteil gegenüber dem vom Zahnarzt zugefügten Schaden anzurechnen. Die Regel der Vorteilsanrechnung bei Vorliegen eines adäquaten Kausalzusammenhanges ist aber nicht absolut. Hat z.B. der haftpflichtige Zahnarzt die Prämien für die Unfallversicherung der Zahnarztgehilfin bezahlt, so ist dieser Vorteil aber dem Zahnarzt anzurechnen, das heisst, den Schadenskosten der Gehilfin abzuführen, nicht aber, wenn die Zahnarztgehilfin die Prämien selbst bezahlte. Denn es "wäre unbillig, wenn jemand, der Prämien für die Versicherung gezahlt hat, deswegen weniger an Schadenersatz zu beanspruchen hätte als ein anderer, welcher nicht so vorsorglich gewesen ist"³⁵⁰, und deshalb auch noch die Prämienzahlungen einsparen könnte.

2.2. *Kein entgegenstehender Parteiwille oder eine solche Rechtsnorm*

Der Vorteil darf nur angerechnet werden, wenn weder eine solche Rechtsnorm noch ein Parteiwille dies verbieten.

349 von Tuhr/Peter I, S. 102

350 von Tuhr/Peter I, S. 103, Oftinger I, S. 180

3. *Art der Vorteilsanrechnung*

3.1. *Grundsatz: Rechnerischer Ausgleich*

Bei dieser Art wird der Vorteil von der Bruttoschadenssumme abgezogen (Zwischenergebnis vor der Vorteilsanrechnung).

Beispiel:

Der Geschädigte sollte während der nächsten Sitzung mit dem Zahnarzt eine Plombe erneuern lassen. In der vorhergehenden Sitzung extrahiert der Dentist einen Zahn und rutscht mit der Zange so aus, dass der erneuerungsbedürftige Zahn mit der Plombe beschädigt wird. Der Geschädigte hat den Vorteil, dass nun die Reparaturkosten des beschädigten Zahnes ihm nicht anfallen. Dies wäre aber unbillig, da dem Patienten, der so oder so seine Zähne repariert hätte, diese Kosten erspart blieben. Deshalb wird nun von den Kosten des Schadenersatzes der Vorteil, den der Patient dadurch erhalten hat, abgezogen.

3.2. *Ausnahme: Ausgleich in natura*

Der Ausgleich in natura erfolgt durch Herausgabe des Vorteils an den Haftpflichtigen.

Beispiel:

Der Zahnarzt beschädigt eine Goldkrone. Diese befindet sich im Eigentum des Patienten. Der Zahnarzt ist verpflichtet, den Schaden zu ersetzen. Somit müsste der Dentist eine neue Goldkrone anfertigen. Der Patient hat jetzt aber den Vorteil, die alte Goldkrone verkaufen zu können und könnte sich dadurch bereichern. Um dies zu verhindern, muss der Geschädigte dem Zahnarzt die alte Goldkrone herausgeben oder sich andernfalls den entsprechenden Wert anrechnen lassen.

4. *Ausmass der Vorteilsanrechnung*³⁵¹

4.1. *Grundsatz: Volle Anrechnung*

Der Begriff des Schadens besagt, dass dieser die Differenz zwischen Vermögensstand vor dem schädigenden Ereignis und dem Vermögensstand nach dem schädigenden Ereignis ist. Daraus ergibt sich die volle Anrechnung des Vorteils im Normalfalle.

351 vgl. Oftinger I, S. 184

4.2. Ausnahme: Teilanrechnung

Hat der Patient zu Umständen beigetragen, die den Vorteil vergrössert haben, so muss der Richter den vollen adäquaten Vorteil nicht vollumfänglich anrechnen. Dies wird aus Art. 44 I OR geschlossen:

“Wird der Schadenersatz reduziert, wenn der Geschädigte zur Entstehung oder Vergrösserung des Schadens beigetragen hat, so soll ihm anderseits ein Vorteil vermehrt zugute kommen, wenn er ihm ganz oder teilweise zu verdanken ist³⁵².”

V. Schadensbeweis

Nach Art. 42 OR hat der Geschädigte den Schaden sowohl bezüglich seiner Existenz, als auch seinem Umfange nach zu beweisen.

1. Grundsatz

Nach Art. 42 I OR hat der geschädigte Patient den ziffermässigen Umfang des Schadens zu beweisen. Dies ist beim Zahnarzt aber nicht in allen Fällen möglich.

2. Ausnahme

Kann der Patient den Schaden ziffermässig nicht nachweisen, so hat ihn der Richter nach Art. 42 II OR aus freiem Ermessen festzusetzen. Zu berücksichtigen ist der Schaden, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach den vom Geschädigten getroffenen Massnahmen entstanden ist. Die genaue Berechnung wird in diesem Falle durch das Ermessen, der Schätzung, des Richters ersetzt. Der Schaden darf nur geschätzt werden, wenn der Beweis des ziffermässigen Schadens unmöglich zu erbringen ist. In diesem Falle hat der Kläger dem Richter glaubhaft zu machen, dass der Beweis des ziffermässigen Schadens bezüglich des Umfanges unerbringbar ist. Demnach sind dem Richter vom Geschädigten alle Anhaltspunkte zu geben, welche möglich und zumutbar sind, um die Schätzung zu erleichtern. In vielen Fällen der täglichen Praxis ist die Berechnung des Schadens genau möglich, da die zur Heilung und Reparatur der verursachten Schädigung entstandenen Kosten durch die Rechnung des beanspruchten Zahnarztes zu beweisen sind. Erhebliche Schwierigkeiten

der Schadensberechnung entstehen z.B. bei der Beschädigung einer 10 Jahre alten Prothese, welche durch den Zahnarzt in nächster Zeit so oder so ersetzt werden müsste, aber eine Anmeldung zur entsprechenden Sanierung noch nicht erfolgte. Hier ist die Existenz des Schadens voll zu beweisen, nicht aber dessen Umfang. Dieser Beweis ist unmöglich zu erbringen, denn niemand kann sagen, wie lange die Prothese ihre Dienste noch geleistet hätte. Der Richter hat sich hier an den gewöhnlichen Lauf der Dinge zu halten, welcher ihm vom Gesetz vorgeschrieben wird³⁵³.

§ 3 Besonderheiten

1. Schaden an der Person des Patienten

1.1. Körperverletzung

1.1.1. Begriff

„Körperverletzung im Sinne des Haftpflichtrechtes ist die einen Schaden (oder eine immaterielle Unbill) bewirkende Beeinträchtigung der körperlichen und physischen Integrität³⁵⁴.“

Liegt ein Schaden im Sinne einer Körperverletzung nach Art. 46 I OR vor, so wird dieser gemäss den in diesem Artikel enthaltenen Vorschriften berechnet. Die Regel des Art. 46 OR hat nicht einzig ihre Bedeutung bei der ausservertraglichen Haftung, sondern auch nach Art. 99 I OR bei der vertraglichen Haftung. Die Verletzung der körperlichen Integrität erfolgt einerseits durch mechanische Einwirkung, anderseits durch psychische Einwirkung. Im Normalfall liegt eine durch mechanische Einwirkung verursachte Körperverletzung vor, wenn dem Dentisten z.B. aus Unachtsamkeit der Bohrer entgleitet und dadurch die Zunge des Patienten verletzt wird. Eine Verletzung durch psychische Einwirkung wird beim Zahnarzt eher selten vorkommen. Denkbar wäre eine durch unsanfte Behandlung verursachte Neurose beim Patienten. Ebenso zu den eher aussergewöhnlichen Fällen der Verletzung der psychischen Integrität durch den Zahnarzt sind Geisteskrankheiten, Geistesschwächen (z.B. Vergesslichkeit) und Ermüdbarkeit zu zählen. Zu beachten bleibt aber immer, dass die Körperverletzung nur die Ursache des Schadens und nicht den Schaden selbst darstellt. Diese Feststellung ist von Bedeutung, da viele zahnmedizinische Verletzungen keinen Schaden bewirken und deswegen dem Geschädigten keinen ausreichenden Haftpflichtanspruch vermitteln³⁵⁵.

353 Oftinger I, S. 177

354 Oftinger I, S. 186

355 M. Keller, Tafel 78

1.1.2. *Schadensposten*

1.1.2.1. *Kosten*

In unserem Zusammenhange sind Kosten als "finanzielle Aufwendung der Wiederherstellung des gesunden Zustandes des Geschädigten (wie er ohne die Schädigung wäre) zu verstehen (Heilungskosten)"³⁵⁶.

Die Kosten bei einer Schädigung einer vorher gesunden Körperstelle sind genau zu berechnen. M.E. ergeben sich Schwierigkeiten bei der Berechnung dann, wenn der verletzte Körperteil schon vorher verletzt war; ja gerade deswegen der Dentist aufgesucht wurde. Bei einer Verletzung an einem bereits kranken Organ ist dessen Heilung, getrennt von der Heilung der ursprünglichen Krankheit, schwierig zu berechnen. Hier muss der Richter nach freiem Ermessen einen billigen Entscheid treffen. Im einzelnen zählt man zu den Kosten die Auslagen "für die Heilung des Verletzten, also namentlich die Kosten der vorübergehenden oder dauernden ärztlichen Behandlung, für ärztliche Gutachten, Reise ins Spital, Spitalpflege, vorübergehende oder dauernde Wartung und Pflege, Kuren, Bäder und dergleichen, Arzneien, Krankennahrung und Pflegeutensilien, wie Fahrstühle, Wäsche oder Krücken, ferner Prothesen"³⁵⁷.

Nach von Tuhr gehört auch die Vermehrung der Bedürfnisse (z.B. dauernde Pflege), welche als Folge der Gesundheitsbeeinträchtigung resultieren³⁵⁸, zu diesen Kosten.

1.1.2.2. *Nachteile der Arbeitsunfähigkeit*³⁵⁹

Als Arbeitsunfähigkeit wird die fehlende Fähigkeit zu nutzbringender Entfaltung der Arbeitskraft bezeichnet. Die Arbeitsunfähigkeit kann vorübergehend oder bleibend, teilweise oder umfassend sein. Die Nachteile des Schadens der Erwerbsunfähigkeit berechnen sich aus der Differenz zwischen dem Verdienst des verletzten Patienten und dem Verdienst, wie er ohne schädigende Verletzung beim Patienten wäre.

Ist die Erwerbsunfähigkeit zur Zeit der Schadensberechnung behoben, lässt sich der Nachteil ohne grössere Schwierigkeiten bestimmen. Anders aber, wenn man einen Dauerschaden berechnen muss, einen Schaden, den eine Person während des ganzen Lebens oder zumindest während Jahren zu tragen hat. Die Nachteile der Arbeitsunfähigkeit werden durch den Grad, die Dauer der Erwerbsunfähigkeit und

356 M. Keller, Tafel 79

357 Oftinger I, S. 192 f.; vgl. BGE 33 II 586, BGE 89 II 23 f.

358 von Tuhr/Peter, S. 414

359 beachte hierzu auch die Ausführung bei Oftinger I, S. 192 ff.

das hypothetische zukünftige Einkommen ohne Schadenseintritt errechnet. Der Grad der Arbeitsunfähigkeit ist vielfach eine Ermessensfrage.

Der Schaden eines Teilgebietes ist immer im Gesamtzusammenhang mit dem Organ, ja sogar mit dem ganzen menschlichen Organismus zu sehen. Erst wenn der Schaden in diesem Zusammenhang festgestellt ist, kann der Grad der Arbeitsunfähigkeit berechnet werden.

1.1.2.3. Nachteile der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens

Darunter ist "eine Beeinträchtigung des Verletzten auf dem Arbeitsmarkte oder in der wirtschaftlichen Konkurrenz über die Nachteile der Arbeitsunfähigkeit hinaus oder ohne dass eine Arbeitsunfähigkeit vorliegt"³⁶⁰, zu verstehen.

Dieser selbständige Schadensposten wird berechnet aus der Differenz zwischen dem Gelderwerb des möglichen zukünftigen Fortkommens und dem Gelderwerb, der ohne Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens vorliegen würde. Hier sind auch die konkreten Nachteile im einzelnen Falle zu beurteilen³⁶¹.

1.1.3. Rektifikationsvorbehalt

Wie schon auf Seite 130 gezeigt, ist für die Berechnung des Schadens der Zeitpunkt des Urteils massgebend. Gerade aber bei der Körperverletzung können mögliche Veränderungen nach der Urteilsfällung eintreten. Aus diesem Grunde lässt das Gesetz dem Richter die Möglichkeit offen, im Urteil einen Vorbehalt zur Nachklage für eine allfällige, innert zwei Jahren vorzunehmende Urteilsänderung anzubringen. Ohne diesen Vorbehalt darf keine Urteilsänderung vorgenommen werden, da einer solchen die Einrede der abgeurteilten Sache entgegensteht. Art. 46 II OR findet aufgrund von Art. 99 III OR auch bei der vertraglichen Haftung seine Anwendung. Die Voraussetzung dafür ist die Nichtschätzbarkeit der Unfallfolgen³⁶². Begründete Zweifel an einer bestimmten genauen Schätzung genügen³⁶³. Verlangt wird auch eine von der Schätzung wesentlich abweichende Schadensentwicklung³⁶⁴. Die Verwirklichungsfrist von 2 Jahren beginnt ab der Eröffnung des letztinstanzlichen Urteils³⁶⁵.

360 M. Keller, Tafel 84

361 Oftinger I, S. 212: "Der Verlust von vier Schneidezähnen bedeutet z.B. für einen Oberlehrer keine Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens, wohl aber vielleicht für einen Artisten, der mit dem Munde Geräte zu halten hat."

362 BGE 57 II 58

363 BGE 82 II 36

364 BGE 57 II 59

365 M. Keller, Tafel 85b

1.2. *Tötung*

Dieser wohl seltene Fall sei hier trotz seines Ausnahmecharakters behandelt, ja gerade wegen seiner weitreichenden und schwerwiegenden Konsequenzen. Zu denken ist an den möglichen Fall des Todes eines Patienten, an welchem der Zahnarzt möglicherweise ein Mitverschulden trägt.

1.2.1. *Begriff*

“Tötung im Sinne des Haftpflichtrechtes ist die einen Schaden (oder eine immaterielle Unbill) bewirkende Herbeiführung des Todes eines Menschen³⁶⁶.” Im haftpflichtrechtlichen Sinne gibt es nur eine Tötung, welche relevant ist, nämlich die, welche zu einem Schaden oder einer immateriellen Unbill führt³⁶⁷. Unbedeutend ist demnach, ob eine Person durch das schädigende Ereignis sofort getötet wird, oder ob der Tod eine spätere adäquate Folge einer Körperverletzung ist und diese wiederum in adäquatem Kausalzusammenhang zum Schadensereignis steht. Der Tötungsschaden wird sowohl bei der ausservertraglichen Haftung als auch bei der vertraglichen Haftung nach Art. 45 OR in Verbindung mit Art. 99 III OR berechnet.

1.2.2. *Schadensposten*

1.2.2.1. *Bestattungskosten*

Sämtliche Ausgaben sind darunter zu zählen, welche in direktem Zusammenhang mit der Beerdigung oder Kremation des Getöteten stehen. Dieser Anspruch ist ein Bestandteil des Nachlasses. Weitere andere Ersatzansprüche sind nach Art. 45 umstritten³⁶⁸. Zu den einzelnen Bestattungsschadensposten verweise ich auf Oftinger und M. Keller³⁶⁹.

366 Oftinger I, S. 227

367 M. Keller, Tafel 86

368 Oftinger I, S. 228 Anmerkung 341: Dieser will in Art. 45 I weitere Ersatzansprüche zulassen; a.M. aber von Tuhr/Peter, S. 413.

369 Oftinger I, S. 229, M. Keller, Tafel 88

1.2.2.2. *Versorgerschaden*

Wird "als Einbusse, die eine Person, welche der Getötete versorgte (unterstützte) oder in Zukunft versorgt hätte, durch den Wegfall des Getöteten erleidet"³⁷⁰, definiert. Hier wird die Regel durch die Ausnahme bestätigt, dass nicht nur derjenige Schadenersatz beanspruchen kann, dessen Rechtsgüter widerrechtlich verletzt wurden, sondern auch der indirekt Betroffene aus selbständigem Recht einen Schadenersatzanspruch hat. "Der Kreis der Angehörigen ist dabei nicht nach juristischen Merkmalen, sondern nach den tatsächlichen Lebensbeziehungen abzugrenzen"³⁷¹. Da die ganze Problematik von Oftinger ausführlich behandelt wird, kann hier auf eine eingehendere Erläuterung des Versorgerschadens verzichtet werden³⁷².

1.2.2.3. *Kosten der versuchten Heilung vor dem Tode*

Dazu wird auf Seite 136 verwiesen.

1.2.2.4. *Nachteile der Arbeitsunfähigkeit vor dem Tode*

Dazu wird auf Seite 136 verwiesen.

2. *Schaden an Sachen des Patienten*

Dieser quantitativ eher unbedeutende zahnärztliche Haftungsgrund wird grundsätzlich nach der konkreten Berechnungsart ermittelt³⁷³. Danach ist ein Schaden an einer Sache aus der Differenz nach dem Werte zu berechnen, den die Sache vor der Zerstörung, Beschädigung oder Verlust tatsächlich hatte und den sie heute hat.

Demgegenüber wird bei der abstrakten Berechnungsart auf den Durchschnittswert abgestellt, den Wert den eine Sache gleicher Art, Quantität und Qualität bei ungebundener Preisbildung hat.

370 M. Keller, Tafel 89

371 von Tuhr/Peter, S. 434

372 Oftinger I, S. 230 ff.

373 M. Keller, Tafel 91

Beispiele:

a. Versicherungsfall

Bei der Abdrucknahme fielen Spritzer der Abdruckmasse auf Jackett und Krawatte des Patienten. Der Schaden wird nach konkreter Berechnungsart ermittelt. Die chemischen Reinigungskosten sind vom Zahnarzt zu bezahlen.

b. Versicherungsfall

Der Assistent zündete hinter dem Rücken der Zahnarztgehilfin eine Spiritflamme an. Die Gehilfin machte mit dem rechten Arm eine unwillkürliche Bewegung rückwärts, wobei ein Ärmel der Berufsschürze Feuer fing und der darunter liegende Pullover angesengt wurde. Ein Sachschaden entstand an Pullover und Schürze. Der Schaden wird nach objektiver Berechnungsart berechnet.

2. Kapitel: Schadenersatzbemessung

§ 1 Begriff

Durch die Schadenersatzberechnung wird der Umfang des Schadens ermittelt. Diese Summe bildet das Maximum des Betrages einer nachfolgenden Schadenersatzbemessung. Der Zweck der Bemessung besteht in der Festsetzung der zu bezahlenden Schadenssumme gemäss dem Verschulden des Schädigers, um eine ungerechtfertigte Bereicherung des Geschädigten zu verhindern. Mit der Schadensberechnung wird nichts anderes als die Höchstgrenze des Schadens fixiert. Bei der Schadenersatzbemessung ist das Problem der Verteilung des Schadens auf den Schädiger, den Geschädigten oder einen mitbeteiligten Dritten zu lösen³⁷⁴.

§ 2 Bedeutung des Verschuldens des Zahnarztes

I. Bei der Verschuldenshaftung

Hier ist das Verschulden des Dentisten einerseits Voraussetzung zur Haftpflicht, andererseits ist es nach Art. 43 I OR für den Richter der Massstab zur Bemessung des Schadenersatzes. Der Unterschied des Voraussetzungsverschuldens gegenüber dem Verschulden zur Bemessung des Schadenersatzes besteht darin, dass bei ersterem

374 Oftinger I, S. 261

das Verschulden an sich genügt, während bei zweitem der Grad des Verschuldens von massgeblicher Tragweite ist³⁷⁵.

Grundsätzlicher Ausgangspunkt muss immer der Anspruch des geschädigten Patienten auf vollen Schadenersatz sein³⁷⁶.

II. Bei der Kausalhaftung

Hier darf das Verschulden unmittelbar grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Es liegt ja gerade im Wesen der Kausalhaftung, dass es sich hier um eine Haftung ohne Verschulden handelt.

Mittelbar erhält aber das Verschulden auch bei der Kausalhaftung eine Bedeutung. Bei der Reduktion des Schadenersatzes wird dieser dem Verschulden gegenübergestellt. Im entsprechenden Fall kann ein Verschulden aber zur sog. "Neutralisation eines Ermässigungsgrundes"³⁷⁷ des Haftpflichtigen führen. Das Verschulden wiegt die Reduktionsgründe auf.

§ 3 *Ermässigung des Schadenersatzes*

I. Grundsatz

Die Reduktionsgründe sind entweder in Art. 44 OR aufgeführt oder sie lassen sich bei Art. 43 I OR unter die sog. Berücksichtigung der "Umstände" nach freiem richterlichem Ermessen subsumieren. Bei der Bewertung der Gründe wird nicht unterschieden zwischen Kausal- und Verschuldenshaftung. Bei der ersten ist der volle Schadenersatz der Ausgangspunkt, während bei der zweiten, der Verschuldenshaftung, der Schadenersatz, wie dieser sich nach dem Verschulden bemisst, den Ausgangspunkt darstellt.

Nicht nur die Anerkennung, sondern auch das Mass der Berücksichtigung eines Reduktionsgrundes ist im konkreten Fall dem richterlichen freien Ermessen anheimgestellt. Schranke für das richterliche Ermessen bilden die Einleitungsartikel zum ZGB und das Willkürverbot nach BV 4. Der Richter muss demnach für jede Reduktion einen konkreten Grund oder eine Motivation haben. Diese gründen entweder auf Treu und Glauben, Anstand, Sitte, Billigkeit oder Gerechtigkeit.

375 Guhl/Merz/Kummer, S. 72 f., vgl. S. 86

376 Oftinger I, S. 264

377 M. Keller, Tafel 95a, vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 73

II. Einzelne Ermässigungsgründe

1. Selbstverschulden des Patienten

“Selbstverschulden bedeutet Verschulden des Geschädigten, das zur Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat³⁷⁸.” Dieser Reduktionsgrund ist in Art. 44 I OR erwähnt, wenn von “Umständen” für die der Geschädigte “einstehen muss”, gesprochen wird. Voraussetzung, damit ein Selbstverschulden als Reduktionsgrund angesehen werden kann, ist, dass dieses eine adäquate Ursache für die Vergrößerung des Schadens darstellt³⁷⁹. Demgegenüber darf aber das Selbstverschulden auch wieder nicht so gravierend sein, dass dadurch der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem haftungsbegründenden Verhalten des Zahnarztes und dem Schaden unterbrochen wird³⁸⁰.

Bezugspunkt bleibt immer die Verpflichtung des geschädigten Patienten, sich so zu verhalten, dass der Schaden so klein als möglich bleibt. Dabei dient immer als Massstab dasjenige Verhalten, welches darin besteht, “dass dem Geschädigten Massnahmen zuzumuten sind, die ein vernünftiger Mensch in der gleichen Lage ergreifen würde, wenn er keinerlei Schadenersatz zu erwarten hätte. Das Prinzip von Treu und Glauben setzt Massstab und Grenze (Art. 2 II ZGB)”³⁸¹.

Demnach ist die mit Absicht getroffene Massnahme als Selbstverschulden des Patienten zu bewerten, welche z.B. eine Wundheilung verhindert. Das verspätete Aufsuchen eines Zahnarztes zur Nachbehandlung, die nicht vorgenommene aber zumutbare Operation oder Berufsänderung³⁸² nach einer Körperverletzung oder die ebenfalls nicht vorgenommene, obwohl zumutbare Rettung einer Sache gelten auch als Selbstverschulden. Liegt also ein Selbstverschulden vor, so hat der Richter das Mass der Reduktion des Schadenersatzes zu bestimmen. Bei der Verschuldenshaftung wird der entsprechende Verschuldensanteil auf das Gesamtverschulden (100%) aufgeteilt und darauf der prozentuale Anteil des Selbstverschuldens abgezogen³⁸³.

Bei der Kausalhaftung ist immer von der vollen Haftung des Zahnarztes auszugehen. Erst jetzt kann der prozentuale Anteil des Selbstverschuldens des Patienten abgezogen werden. Liegt nun aber ein zusätzliches Verschulden des Zahnarztes vor, so wird dieses wieder seinem prozentualen Anteil gemäss der Schadenersatzsumme zugerechnet und kann das Selbstverschulden des Patienten neutralisieren³⁸⁴.

378 M. Keller, Tafel 98

379 Oftinger I, S. 266, BGE 70 II 97

380 vgl. S. 69 f.

381 Oftinger I, S. 266 f.

382 Oftinger I, S. 267

383 Guhl/Merz/Kummer, S. 74

384 Guhl/Merz/Kummer, S. 73

Beispiele:

Fall 1: Versicherungsfall: Zahnperforation

Da der Zahnarzt bei einer Wurzelbehandlung schräg bohrte, kam es zu einer Perforation des Zahnes. Es entstand eine Nekrose des Alevolarknochens. Ein Verschulden des Zahnarztes wurde bejaht, doch wurde auch ein Mitverschulden des Patienten angenommen, weil dieser nicht zu der vereinbarten Nachkonsultation erschien und somit zur Vergrößerung des Schadens beitrug.

1/4 der Schadenskosten musste der Patient selber tragen.

Fall 2: Selbstverschuldeter Verkehrsunfall nach Behandlung unter Narkose³⁸⁵

“Uns ist ein Fall mitgeteilt worden, wonach ein Zahnarzt unter Anklage stand, weil er sich auf die Aussage eines vorher in Narkose behandelten Patienten verlassen hatte, mit dem Taxi nach Hause zu fahren. Der Zahnarzt hatte das Taxi zwar bestellt, aber dem Fahrer nicht persönlich mitgeteilt, wo er den Fahrgast absetzen sollte. An der nächsten Ecke verliess der Patient das Taxi aber unter einem Vorwand wieder und bestieg den dort abgestellten eigenen Wagen. Kurz darauf verursachte er einen schweren Verkehrsunfall.”

Fall 3: Schnelldehnungsfall³⁸⁶

“Die betreffende Patientin glaubte, rascher zum Ziele zu kommen, wenn sie die Transversalschraube, entgegen der Vorschrift, immer dann betätigte, sobald die Platte nach ihrer Auffassung nicht mehr “drückte”. Durch die Überbelastung der Schleimhaut kam es palatinal in der Gegend von 6 + 6 zu Weichteilschwund und Freilegung von Knochen. Nach Beseitigung der Ursache heilten die Erscheinungen glücklicherweise rasch wieder.”

385 Guddat, S. 48 f.

386 Guddat, S. 108

Fall 4: Eingriffe des Patienten in die Behandlung³⁸⁷

“Den Akten kann entnommen werden, dass der Kläger am 22. Januar 1932 beim Beklagten in zahnärztliche Behandlung trat. Neben der Aufstellung eines Kostenvoranschlages hat der Beklagte den linken, untern Weisheitszahn, der schmerzte, in Behandlung genommen. Er stellte eine Gangrän (Wurzelfäulnis) fest, öffnete die Pulpakammer und legte nach mechanischer Reinigung eine Chlorphenol-Kampfer-Menthol-Einlage unter hermetischen Verschluss mit provisorischem Zement. Schon zwei Stunden später hat dann der Kläger wegen Fortdauer der Schmerzen diese Einlage eigenmächtig entfernt. Am 23. Januar 1932 begab sich der Kläger wiederum zum Beklagten, und dieser machte nochmals die gleiche Einlage, die dann wiederum vom Kläger eigenmächtig entfernt wurde wegen anhaltender Schmerzen. Am 25. Januar 1932 begab sich der Kläger trotz Bestellung nicht zum Beklagten, sondern erschien dort erst wieder am 26. Januar 1932. Damals schritt der Beklagte zur Röntgendiagnose, doch geriet ihm keine einwandfreie Aufnahme, weil der Film verkehrt eingelegt wurde. Gestützt auf die Akten und insbesondere gemäss dem Expertengutachten trifft aber den Kläger ein ganz erhebliches Mitverschulden an seiner Erkrankung. Es ist unbestritten, dass der Kläger wiederholt eigenmächtig in die Behandlung des Beklagten eingegriffen hat; und dadurch hat er nach der übereinstimmenden Feststellung der Experten seinen Zustand verschlimmert. Es erübrigt sich, hier nochmals all seine selbstherrlichen Eingriffe aufzuzählen, die er in der Parteibefragung und in der Befragung durch die Experten zugegeben hat. Dadurch ermässigt sich die Ersatzpflicht des Beklagten. Das Obergericht ist der Auffassung, dass der vom Beklagten zu leistende Schadenersatz infolge Mitschuld des Klägers um 50% zu kürzen ist.”

2. *Notlage des Haftpflichtigen*

Dieser in Art. 44 I OR genannte Reduktionsgrund erlangt heute bei der Zahnärzter-Haftpflicht kaum mehr praktische Bedeutung, da beinahe ausnahmslos alle Zahnärzte eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen haben und somit nicht mehr in eine Notlage geraten können.

387 SJZ 1937/38 Heft 11, S. 173 f.

3. Ungültige Einwilligung als Reduktionsgrund

Beispiel:

Eine Frau wollte sämtliche Zähne gezogen haben, obwohl keine Notwendigkeit dazu bestand. Der Zahnarzt fügte sich ihrem Willen, was als ein Verstoß gegen die Sittlichkeit betrachtet wurde (Art. 20 I OR)³⁸⁸.

Art. 44 I OR spricht von der Einwilligung des Geschädigten in die schädigende Handlung als Reduktionsgrund. Die gültige Einwilligung eliminiert die Widerrechtlichkeit; deshalb kann hier nur die ungültige Einwilligung gemeint sein³⁸⁹. Gefordert wird, dass die ungültige Einwilligung adäquat kausal zur Schadensentstehung beigetragen hat und dass die Einwilligung keinen Rechtfertigungsgrund darstellt.

4. Ungewöhnlich hohes Einkommen des Geschädigten

Dieser Reduktionsgrund lässt sich nach Art. 43 I OR aus der Berücksichtigung aller konkreten "Umstände" entnehmen³⁹⁰. Er setzt ein ungewöhnlich hohes Einkommen des Geschädigten und keine absichtliche oder grobfahrlässige Verursachung des Schadens voraus³⁹¹.

Da generell beim Zahnarzt Haftpflichtschäden kaum in unbegrenzte Höhe wachsen und die Zahnärzte nicht zu den sozial schwachen Schichten unserer Bevölkerung zu zählen sind, hat dieser Reduktionsgrund keine praktische Bedeutung.

5. Zufall

Der Schädiger hat zunächst für den ganzen Schaden einzustehen. Bei der Schadenersatzbemessung wird dann der Zufall als Reduktionsgrund anerkannt. Zufall ist hier im Sinne einer Teilursache aufzufassen. Es darf sich dabei aber nicht um einen zu höherer Gewalt gesteigerten Zufall handeln, der den adäquaten Kausalzusammenhang unterbricht. Als Zufall ist ein unverschuldetes menschliches Verhalten bei der vertraglichen Haftung und ein vom menschlichen Verhalten unabhängiges Ereignis bei der ausservertraglichen Haftung zu verstehen. Dieser Reduktionsgrund stützt sich auf Art. 43 I OR. Bei der Kausalhaftung wird nach der Lehre der Zufall nur insoweit berücksichtigt, als er von der Kausalhaftung nicht umfasst wird³⁹².

388 vgl. S. 35

389 M. Keller, Tafel 99

390 M. Keller stützt diesen Reduktionsgrund auf Art. 43 I OR, während Oftinger (I S. 272) diesen auf Art. 44 II OR abstützt. Im Resultat sind beide gleich.

391 M. Keller, Tafel 101, Oftinger I, S. 273

392 Oftinger I, S. 279

6. Konstitutionelle Prädisposition

Unter konstitutioneller Prädisposition versteht man "die einem menschlichen Organismus eigene Anfälligkeit für Schädigungen oder seine Neigung zu anormal schweren Reaktionen auf Schädigungen"³⁹³. Da diese eine Teilursache darstellt, spielt es keine Rolle, ob sie zu der Schadensentstehung beigetragen oder den Schaden verschlimmert hat. Voraussetzung ist wieder der adäquate Kausalzusammenhang zwischen der konstitutionellen Prädisposition und dem Schaden. Ein Grenzfall von Sorgfaltspflichtverletzung und konstitutioneller Prädisposition ist bei Braun nachzulesen, wonach der Tod eines (jugendlichen) Menschen mit grosser Wahrscheinlichkeit infolge zahnärztlicher Lokalanästhesie eintrat:

"Der behandelnde Arzt, ein in dem oberfränkischen Marktleuten als gewissenhaft bekannter Kollege, bemühte sich, bei einem 17jährigen Mädchen an einem unteren Molaren eine Occusal-distal-Füllung vorzubereiten. Da dieser tiefer geht und die Vorbereitung ziemlich schmerzhaft ist, will er eine Leitungsanästhesie mit 4% Novocain-Corbasil legen. Knapp 1,5 ccm hatte Dr. N. eingespritzt, als das Mädchen plötzlich blass wurde und in tiefe Bewusstlosigkeit fiel. Zugleich setzte der Puls aus, obwohl der Kollege sofort ein Gegenmittel gab und einen Arzt zur Hilfe rief ..."³⁹⁴

Nach dem autopsisch festgestellten Hirnödemen wurde eine Überempfindlichkeit von Novocain vermutet. In einem weiteren Fall starb ein Patient, der früher Novocain gut vertrug, nach einer Novocain-Anästhesie, welche "zwecks zahnärztlicher Behandlung" vorgenommen wurde, "unter der Erscheinung von Schock und Lungenödem"³⁹⁵. In diesem zweiten Fall ist viel eher eine konstitutionelle Prädisposition anzunehmen, da ja der Patient früher solche Injektionen vertrug, während die Frage gestellt werden muss, ob beim ersten Fall nicht ein Verschulden des Zahnarztes darin erblickt werden kann, dass er das Mädchen auf dessen Novocainverträglichkeit nicht vor der eigentlichen Behandlung untersuchte. Letztlich muss die Grenzziehung zwischen konstitutioneller Prädisposition und einer zahnärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung immer der Medizin überlassen werden.

3. Kapitel: Schadenersatzarten

Art. 43 I OR statuiert, dass der Richter auch die Art des Schadenersatzes nach freiem Ermessen zu bestimmen hat. Es wird grundsätzlich zwischen Geld und Naturalersatz unterschieden, wobei der Geldersatz in der Form von Kapital oder Rente ausgesprochen werden kann. Welche Art die geeignetste ist, kann nur jeweils anhand

393 Otfinger I, S. 102

394 Braun, S. 45 f.

395 Braun, S. 46

des konkreten Einzelfalles entschieden werden. Dennoch hat die Gerichtspraxis gewisse allgemeine Richtlinien ausgearbeitet. Dazu wird auf M. Keller verwiesen³⁹⁶.

396 M. Keller, Tafel 108 ff.

2. Abteilung: Haftung aus unerlaubter Handlung

1. Abschnitt: Verschuldenshaftung

1. Kapitel: Begriff und Anwendungsbereich

Art. 41 OR:

“Wer einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatz verpflichtet.

Ebenso ist zum Ersatz verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.”

Da ein Zahnarzt in den meisten Fällen mit dem Patienten in einem Vertragsverhältnis steht und somit aus Vertrag haftpflichtig wird, gelangt die ausservertragliche Haftung eher selten zur Anwendung. Art. 41 OR wird immer dann gebraucht, wenn keine speziellen Haftungsbestimmungen gegeben sind¹. Die ausservertragliche Haftung kann durch Schädigungen, welche sowohl in einem Tun als auch Unterlassen bestehen, in Anspruch genommen werden. Von Bedeutung kann die ausservertragliche Haftung in der zahnärztlichen Praxis dann werden, wenn zwischen dem Patienten und der Hilfsperson des Zahnarztes kein Vertragsverhältnis besteht, sodass ausser der vertraglichen Haftung aus Art. 101 OR, welche aber den Zahnarzt belastet, der geschädigte Patient nur noch über Art. 41 OR sich direkt an den Schadensverursacher halten kann. Als Beispiel diene hier ein Bundesgerichtsentscheid², bei welchem infolge Nichteinsatzes des Zinkfilters eine Kiefernekrose durch schwere Röntgenverbrennungen verursacht wurde. Dieser Fehler unterlief der mangelhaft instruierten Krankenschwester. Ausser der vertraglichen Haftung des Röntgenarztes kann hier auch noch die Krankenschwester aus Art. 41 OR auf Schadenersatz belangt werden. Die ebenfalls im Art. 41 OR geregelte Ersatzpflicht für eine absichtliche Schädigung wider die guten Sitten wird hier infolge ihrer geringen Bedeutung unberücksichtigt bleiben³.

2. Kapitel: Voraussetzungen

§ 1 Schaden

Vgl. Seite 64 ff.

¹ A. Keller, S. 90

² BGE 53 II 419

³ Oftinger I, S. 48, Becker Art. 41 N 110

§ 2 *Widerrechtlichkeit*

I. **Begriff und Anwendung**

“Widerrechtlichkeit bedeutet allgemein aufgefasst Unrecht, also die Negation des Rechts⁴.”

Verwendet man den Begriff der Widerrechtlichkeit in einem weiteren Sinne, so ist “Widerrechtlichkeit der Verstoss gegen Normen, die direkt oder indirekt Schädigungen untersagen, m.a.W. dem Rechtsgenossen ein Schädigungen vermeidendes Verhalten vorschreiben”⁵. Diese Theorie wird auch vom Bundesgericht⁶ vertreten und umfasst die Gesamtheit der Normen der schweizerischen Rechtsordnung. Die Widerrechtlichkeit im engeren Sinne beinhaltet nur die Verletzung der “rechtlichen Grundnormen menschlichen Zusammenlebens”, so das Verbot “jemanden zu töten, jemandes körperliche Integrität und Persönlichkeit (ZGB 28, OR 49) zu verletzen, sein Eigentum oder seinen Besitz zu beeinträchtigen”⁷.

Zur ausservertraglichen Haftung gehört die Widerrechtlichkeit wie zur vertraglichen Haftung die Vertragsverletzung. Wie Oftinger zeigt⁸, ist dabei aber zu beachten, dass die Widerrechtlichkeit inhaltlich mehr umfasst, als die Vertragsverletzung. Eine Vertragsverletzung ist daher erst dann widerrechtlich, wenn durch diese oben erwähnte, absolute Rechte verletzt werden. Da bei der Tätigkeit des Zahnarztes die Verletzung absoluter Rechte (Körperverletzung, Tötung, Verletzung der Persönlichkeit) der häufigste Fall einer Vertragsverletzung darstellt, kann somit der geschädigte Patient meistens den Zahnarzt aus der Haftung aus Vertrag und/oder aus der ausservertraglichen Haftung belangen.

II. **Rechtfertigungsgründe**

Da heute immer noch die sogenannte Körperverletzungstheorie vorherrscht, bedarf es zum Eingriff in die geschützten Rechtsgüter eines Rechtfertigungsgrundes⁹. Liegt ein solcher vor, so entfällt auch die Haftung aus unerlaubter Handlung, sofern der Eingriff nach den zahnärztlichen, anerkannten Regeln der Wissenschaft durchgeführt wurde¹⁰. Die in Art. 52 OR genannten Rechtfertigungsgründe fallen im Zusammenhang mit der zahnärztlichen Haftpflicht fast gänzlich ausser Betracht.

4 Oftinger I, S. 128

5 Oftinger, a.a.O.

6 BGE 91 II 405

7 Oftinger I, S. 130

8 Oftinger I, S. 132

9 Ott, S. 170, Anmerkung 11: vgl. die Literatur zur Kritik an der sog. Körperverletzungstheorie

10 vgl. S. 80 ff.

a) Handeln im Interesse des Patienten

Es wird auf die Behandlung der Geschäftsführung ohne Auftrag in der zahnärztlichen Praxis verwiesen. (S. 53 ff.)

b) Einwilligung des Patienten

vgl. S. 34 ff.

c) Rechtmässige Ausübung öffentlicher Gewalt

Da dieser Rechtfertigungsgrund beim Zahnarzt kaum praktische Bedeutung erlangt, wird dazu auf die Ausführungen von Bürens und Otts verwiesen¹¹.

§ 3 *Adäquater Kausalzusammenhang*

Vgl. S. 68 ff.

§ 4 *Verschulden*

Die Beweislast für das Verschulden obliegt dem klagenden Patienten (vgl. S. 14); dies im Unterschied zur vertraglichen Haftung. Im übrigen wird auf S. 74 ff. verwiesen.

3. Kapitel: Wirkungen

§ 1 *Schadensberechnung*

Vgl. S. 130 ff.

§ 2 *Schadensersatzbemessung*

Vgl. S. 140 ff.

¹¹ von Büren I, S. 267, Ott, S. 170 f.

§ 3 Schadenersatzarten

Vgl. S. 146.

2. Abschnitt: Kausalhaftung

1. Kapitel: Geschäftsherrenhaftung Art. 55 OR

§ 1 Begriff und Anwendung

In Ausnahmefällen kann die Geschäftsherrenhaftung für den Zahnarzt praktische Bedeutung erlangen. Art. 55 OR:

“Der Geschäftsherr haftet für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet habe, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.

Der Geschäftsherr kann auf denjenigen, der den Schaden gestiftet hat, insoweit Rückgriff nehmen, als dieser selbst schadenersatzpflichtig ist.”

Die Geschäftsherrenhaftung ist eine Kausalhaftung, was bedeutet, dass der Zahnarzt auch ohne Verschulden für das Verhalten seiner Hilfsperson einzustehen hat¹². Der Geschäftsherr hat sogar dann den Schaden zu ersetzen, wenn die Hilfsperson kein Verschulden trifft und der Geschäftsherr sich nicht entlasten kann¹³. Die ausservertragliche Haftpflicht des Zahnarztes für Hilfspersonen stellt das Gegenstück zur vertraglichen Haftung des Zahnarztes für Hilfspersonen nach Art. 101 OR dar¹⁴.

Einer der wichtigsten Anwendungsfälle von Art. 55 OR ist in unserem Falle dann gegeben, wenn zahnärztliche Hilfspersonen “bei Ausübung ihrer Verrichtungen nicht oder nicht nur gegenüber demjenigen Schaden verursachen, der mit ihrem Geschäftsherrn in keinem Vertragsverhältnis steht, sondern z.B. auch Mitangestellte oder Mitarbeiter (BGE 68 II 287) schädigen”¹⁵.

12 Oettinger I, S. 17

13 BGE 56 II 287, Loeffler, S. 101

14 vgl. S. 56 ff.

15 Guhl/Merz/Kummer, S. 181

§ 2 *Voraussetzungen*¹⁶1. *Positive Voraussetzungen*1.1. *Schaden oder immaterielle Unbill*1.2. *Widerrechtlichkeit*1.3. *Adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem Verhalten der Hilfsperson*1.4. *Schädigung der Hilfsperson in Ausübung ihrer zahnärztlichen Verrichtungen*1.5. *Subordinationsverhältnis*
*Im einzelnen bedeutet dies für den Geschäftsherrn:*1.5.1. *Eine Weisungsbefugnis gegenüber seiner Hilfsperson; und*1.5.2. *Ein Aufsichtsrecht gegenüber seiner Hilfsperson*2. *Negative Voraussetzungen*2.1. *Entlastungsgründe*2.1.1. *Höhere Gewalt*2.1.2. *Selbstverschulden*2.1.3. *Drittverschulden*2.2. *Besondere Befreiungsgründe*2.2.1. *Sorgfaltsnachweis*2.2.1.1. *Die nötige Sorgfalt bei der Auswahl der Hilfsperson durch den Zahnarzt*2.2.1.2. *Die nötige Sorgfalt bei der Instruktion der Hilfsperson durch den Zahnarzt*2.2.1.3. *Die nötige Sorgfalt bei der Überwachung der Hilfsperson durch den Zahnarzt*2.2.2. *Beweis, dass der Schaden trotz Anwendung der gebotenen Sorgfalt eingetreten wäre*

¹⁶ vgl. Oettinger II/I, S. 115 ff., A. Keller, S. 119 ff., M. Keller, Tafel 149a; Guhl/Merz/Kummer, S. 180 ff.

§ 3 Wirkungen

Die praktische Bedeutung von Art. 55 OR darf nicht überschätzt werden, da vielfach eine Anspruchskonkurrenz zwischen einer vertraglichen Haftung nach Art. 101 OR und der Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR) besteht¹⁷. Im Falle, da Art. 55 OR trotzdem zur Geltung kommt, haftet der Geschäftsherr in vollem Umfange für den von der Hilfsperson verursachten Schaden. Dieser kann aber Regress nehmen, "sofern die Hilfsperson selber – im Aussenverhältnis – dem Geschädigten haftbar ist, und zwar neben dem Geschäftsherrn und solidarisch mit ihm"¹⁸.

Der Zahnarzt kann aber auch unabhängig von den vorher aufgeführten ausservertraglichen Voraussetzungen gegenüber seiner Hilfsperson Regress nehmen aufgrund der Sorgfaltspflichtverletzung des Arbeitsvertrages zwischen Hilfsperson und Zahnarzt (Art. 321e OR). Bei der Geschäftsherrenhaftung handelt es sich um eine Kausalhaftung. Deshalb ist zu beachten, dass bezüglich der Schadenersatzbemessung primär sowohl das Verschulden der Hilfsperson, als auch dasjenige des Geschäftsherrn irrelevant ist, sondern nur sekundär für die Berechnung des Anspruches auf Ersatz, welches die Reduktionsgründe aufwiegen kann. Bezüglich der übrigen Wirkungen siehe S. 130 ff.

2. Kapitel: Werkeigentümerhaftung Art. 58 OR

§ 1 Begriff und Anwendung

Art. 58 OR:

"Der Eigentümer eines Gebäudes oder eines andern Werkes hat den Schaden zu ersetzen, den diese infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhafter Unterhaltung verursachen.

Vorbehalten bleibt ihm der Rückgriff auf andere, die ihm hiefür verantwortlich sind."

Die Werkeigentümerhaftung ist eine Kausalhaftung. Der Zahnarzt haftet ohne Verschulden, wenn er Eigentümer der mangelhaften Einrichtung oder des Apparates ist. Das entscheidende Kriterium ist ein rein formales, nämlich das Eigentum am Werk¹⁹. Das Verschulden spielt keine Rolle!

Da der Zahnarzt auch in seiner Praxis Werke, Anlagen hat, welche Schäden oder immaterielle Unbill verursachen können, muss auch in diesem Zusammenhang Art. 58 OR behandelt werden. Es ist denkbar, dass z.B. ein Patient in der zahnärzt-

¹⁷ vgl. Ott, S. 175

¹⁸ Otfinger II/I, S. 177

¹⁹ Otfinger II/I, S. 20 f., Guhl/Merz/Kummer, S. 184 ff.

lichen Praxis durch ein fehlerhaftes Werk geschädigt wird. Eine Gesetzeskonkurrenz zwischen Verschuldenshaftung und Kausalhaftung gibt es nicht, dass man parallel eine Klage auf Art. 41 OR und auf Art. 58 OR stützen könnte²⁰. Deshalb kann es für den Patienten unter Umständen von Vorteil sein, sich auf Art. 58 OR berufen zu können, nämlich dann, wenn ein Verschulden des Zahnarztes umstritten ist. Den Begriff Werk im Sinne von Art. 58 OR definiert Oftinger als “stabile, mit der Erde direkt oder indirekt verbundene, künstlich hergestellte oder angeordnete Gegenstände”²¹. Mit der Stabilität im Werksbegriff wird erreicht, dass durch frei-bewegliche Geräte und Apparate verursachte Schäden nicht nach Art. 58 OR ausgeglichen werden können.

§ 2 Voraussetzungen

1. Positive Voraussetzungen

1.1. Schaden oder immaterielle Unbill

Vgl. S. 64 ff.

1.2. Widerrechtlicher Eingriff

Der schädigende Eingriff muss gegen eine Norm verstossen, die den Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut verbietet oder ein Verhalten vorschreibt, das einen solchen Eingriff vermeiden soll²².

1.3. Adäquater Kausalzusammenhang zwischen Werkmangel und Schaden

1.4. Werk

Zum Werksbegriff vgl. S. 154 (oben).

Der Mangel des Werkes muss auf eine “fehlerhafte Anlage oder Herstellung” oder auf “mangelhafte Unterhaltung” zurückzuführen sein²³. Einzig die höhere Gewalt

20 Oftinger II/I, S. 18 f.

21 Oftinger II/I, S. 31, vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 184 f.

22 vgl. M. Keller, Tafel 44

23 Oftinger II/I, S. 39 ff., Becker Art. 58 ff.

ist als Ursache des Mangels relevant. Jedoch muss die in Art. 58 OR statuierte Sorgfaltspflicht in bezug auf die Werksunterhaltung oder Herstellung zumutbar sein, diese ist also nicht unbegrenzt²⁴. Beruht die Schädigung aber auf einer fehlerhaften Bedienung des Gerätes oder Apparates, so ist eine Haftung nach Art. 58 OR nicht gegeben²⁵.

1.5. *Eigentum am Werk*

Es kann nur der Eigentümer des Werkes nach Art. 58 OR belangt werden. Was unter dem Begriff "Eigentum" zu verstehen ist, beurteilt sich nach Art. 641 ff. ZGB.

2. *Negative Voraussetzungen*

2.1. *Entlastungsgründe*

Nach Art. 58 OR ist eine Befreiung nur möglich, wenn einer der drei Gründe vorliegt, nämlich höhere Gewalt, Selbstverschulden des Geschädigten oder Drittverschulden²⁶.

Der Beweis des Zahnarztes, dass die gebotene Sorgfalt angewandt wurde, ist hier nicht zugelassen.

§ 3 *Wirkung*

1. *Schadensberechnung*

Vgl. S. 130 ff.

2. *Schadenersatzbemessung*

Vgl. S. 140 ff.

²⁴ Oftinger II/I, S. 47

²⁵ Oftinger II/I, S. 65

²⁶ ZR 71 (1972) Nr. 60, S. 161

3. *Regress*

Nach Art. 58 II OR bleibt dem Werkeigentümer der Rückgriff auf diejenige Person offen, welche den Mangel zu verantworten hat²⁷.

§ 4 *Kasuistik*

Fall 1: Versicherungsfall

Die Patientin stürzte auf einem gleitenden Teppich in der Zahnarztpraxis und zog sich eine Oberschenkelfraktur zu.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 6'100.—.

Fall 2: Versicherungsfall

Während der Nacht löste sich innerhalb der zahnärztlichen Armaturen, welche fest mit dem Unterlagsboden im Praxisraum verbunden waren, ein Wasserschlauch. Es lag kein Bruch des Schlauches vor. Vermutlich war eine Bride zu wenig stark verschraubt, sodass sich der unter Druck stehende Schlauch langsam lösen konnte. Dadurch floss während der Nacht un bemerkt Wasser aus, welches den unter der Praxis gelegenen Verkaufsladen völlig unter Wasser setzte.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 7'255.—.

Fall 3: Versicherungsfall

Das Absperrventil zur Regulation der Wasserzufuhr für zahnärztliche Apparate platzte in der Praxis und beschädigte die Decke der darunter liegenden Wohnung.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 438.—.

27 vgl. auch M. Keller, Tafel 153b und 153c

3. Abteilung: Genugtuung

1. Abschnitt: Begriff

Das Obligationenrecht versteht unter dem Schaden nur den Vermögensschaden. Besonders behandelt werden muss die durch immaterielle Unbill entstandene Beeinträchtigung. Unter immaterieller Unbill wird die "seelische Beeinträchtigung" verstanden, welche den Patienten durch den zahnärztlichen Behandlungsfehler in seinem Lebensgenuss hindert¹. Die immaterielle Unbill wiedergutzumachen, ist das Ziel der Genugtuung². Sie stellt eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts dar (Art. 28 ZGB). Art. 47 und 49 OR sind eine Konkretisierung dieses Persönlichkeitsrechts. Die Genugtuung kann dem Geschädigten vom Richter aufgrund vertraglicher Haftung (Art. 99 III OR) und ausservertraglicher Haftung zugesprochen werden.

2. Abschnitt: Voraussetzungen

1. Kapitel: Voraussetzungen nach Art. 47 OR

§ 1 Körperverletzung oder Tötung

Vgl. S. 135 ff.

§ 2 Immaterielle Unbill

Die Körperverletzung hat beim verletzten Patienten, und die Tötung bei den Angehörigen des Getöteten eine seelische Beeinträchtigung bewirkt.

§ 3 Adäquater Kausalzusammenhang

Zwischen der immateriellen Unbill aus Körperverletzung oder Tötung und dem haftungsbegründenden Verhalten muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen.

¹ vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 58 f.

² Oftinger I, S. 289

§ 4 *Widerrechtlichkeit oder Vertragsverletzung*

Vgl. S. 67 und 149 ff.

§ 5 *Besondere Umstände*

Die immaterielle Unbill muss eine besondere Intensität und Art haben, damit eine Genugtuung zugesprochen werden kann. Der Richter hat nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu entscheiden (Art. 43 OR).

2. Kapitel: Voraussetzungen nach Art. 49 OR

Da für Körperverletzung und Tötung die spezielle Vorschrift von Art. 47 OR immer zur Anwendung gelangt, ist der Anwendungsbereich von Art. 49 OR in den zahnärztlichen Haftpflichtfällen gering. Zu denken ist vor allem an eine seelische Beeinträchtigung durch die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht des Zahnarztes.

§ 1 *Persönlichkeitsverletzung*

Die Verletzung sämtlicher Persönlichkeitsrechte nach Art. 28 ZGB, diejenigen aus Tötung und Körperverletzung ausgenommen, sind darunter zu subsumieren.

§ 2 *Besondere Umstände der immateriellen Unbill*

Die besondere Schwere der immateriellen Unbill hat der Richter in freiem Ermessen nach den konkreten Umständen zu bestimmen.

§ 3 *Widerrechtlichkeit oder Vertragsverletzung*

Vgl. S. 67 und 149 ff.

§ 4 Adäquater Kausalzusammenhang

Zwischen der immateriellen Unbill und dem haftungsbegründenden Verhalten muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen.

§ 5 Besonders schweres Verschulden

Dieses hat wiederum der Richter nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu beurteilen (Art. 43 OR).

3. Abschnitt: Wirkungen

1. Kapitel: Berechnung immaterieller Unbill

Die Berechnung immaterieller Unbill richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 43 OR. Es sind grundsätzlich dieselben Kriterien wie bei der Schadensberechnung relevant. Vgl. S. 130 ff.

2. Kapitel: Bemessung der immateriellen Unbill

Diese erfolgt nach analoger Anwendung von Art. 43 und 44 OR. Es können die gleichen Reduktionsgründe wie bei der Schadenersatzbemessung zur Anwendung gelangen. Vgl. S. 140 ff.

3. Kapitel: Arten der immateriellen Unbill

Art. 47 OR verpflichtet den Richter, dem Geschädigten oder bei Tötung dessen Angehörigen eine Geldleistung zuzusprechen.

Art. 49 OR erlaubt dem Richter, neben oder anstelle einer Geldleistung dem Patienten eine Naturalleistung (Entschuldigung, richterliche Missbilligung usw.) zuzusprechen.

4. Abschnitt: Kasuistik

Fall 1: Genugtuung für die Notwendigkeit des Herausoperierens einer infolge Unachtsamkeit des behandelnden Zahnarztes vom Patienten verschluckte Nervennadel³.

“Die Klägerin verschluckte bei einer Zahnwurzelbehandlung durch die Beklagte am 7. März 1963 eine Nervennadel. Entgegen den Empfehlungen der Zahnheilkunde, welche befürworteten, diese Nadel mit einem Kettchen an der Hand des Arztes zu befestigen, arbeitete die Beklagte ohne eine solche Sicherung, obwohl ihr unmittelbar zuvor bereits eine Nadel entglitten und zu Boden gefallen war. Der Hausarzt der Klägerin versuchte, den Abgang der Nadel per vias naturales durch eine Sauerkrautkur zu erreichen. Die Klägerin musste sich während dieser Kur schonen und ihre vier Kinder aus dem Hause geben. Am 25. März 1963 wurde die Nadel durch operativen Eingriff aus dem Bauchraum entfernt; sie hatte sich in der Darmwand verhakt.

Nachdem der Versicherer der Beklagten der Klägerin 1'000.— DM Schmerzensgeld gezahlt hatte, sprach ihr das LG weitere 1'000.— zu. Die Berufung der Beklagten führte zur Herabsetzung des weiteren Schmerzensgeldes auf 500.— DM.”

Fall 2: Unterlassene Röntgenaufnahme nach dem Bruch eines Bohrers⁴

“Bei Aufbereitung eines Wurzelkanals brach dem Behandler die Spitze des Bohrers ab. Er unterliess es, die abgebrochene Bohrspitze anhand einer Röntgenaufnahme zu orten und zu entfernen. Nach einer bald darauf erfolgten Otitis musste der Zahn später extrahiert werden. Der Beklagte musste Schmerzensgeld in Höhe von 2'350.— DM leisten.”

Fall 3: Nichtindizierte Extraktion⁵

“Die Patientin H. St. wurde vom 11. Mai 1965 bis 15. März 1971 von mir kieferorthopädisch behandelt. Dabei wurden wegen des vorhandenen Platzmangels die Ausgleichsextraktion von vier Zähnen geplant. Es wurde am 18. Mai 1965 die Entfernung von 6— vorgenommen, da dieser Zahn pulpatot war und keine lange Lebensdauer versprach.

³ Urteil des OLG Hamm vom 14. Mai 1964, abgedruckt in Vers.R 1964 Heft 38, S. 1031

⁴ Karsten, S. 123

⁵ Karsten, S. 102 f.

Weiter wurden 4– und 4+4 entfernt. Am 2. Juni 1970 gab ich selbst die Anweisung, den Zahn 4– zu entfernen, in der Annahme, dass zur Herstellung der Symmetrie auch auf dieser Seite ein Zahn entfernt werden müsste. Ich habe dabei übersehen, dass dort der pulpatote 6– bereits fünf Jahre vorher entfernt worden war. Das war zweifellos eine irrtümliche Entscheidung.

Die Restlücke konnte durch Vorwandern nicht ausreichend geschlossen werden, da nur noch zwei Molaren vorhanden waren, anstelle der 3 Molaren. Der Vater erhebt daher die Ansprüche m.E. mit Recht. Die Behauptung des Vaters, dass sich die Tochter dreimal zur Revidierung der Anordnung in meiner Praxis eingefunden haben soll, halte ich nicht für zutreffend, da das in der Kartei vermerkt worden wäre.

(Bericht des Zahnarztes an die Versicherung)

Vereinbarung

Herr Dr. Z. hat am 2. Juni 1970 für H. St. die Anweisung gegeben, den Zahn rechts unten 4 zu ziehen. Diese Anweisung war fehlerhaft. Zwischen der Haftpflichtversicherung des Dr. Z. und H. St., gesetzlich vertreten durch ihren Vater, wird folgende Vereinbarung abgeschlossen:

1. Die Haftpflichtversicherung des Dr. Z. bezahlt zur Abfindung der Schmerzensgeldansprüche an H. St. einen Betrag von 1'800.— DM.
 2. Die Haftpflichtversicherung verpflichtet sich, künftig etwa entstehende materielle Ansprüche, die H. St. deshalb zustehen, weil der Zahn 4– zu Unrecht gezogen wurde, insoweit zu befriedigen, als diese Ansprüche nicht auf einen Sozialversicherungsträger übergehen.
 3. Die Haftpflichtversicherung trägt die Kosten dieser Vereinbarung auf Grundlage eines Streitwerts von 3'000.— DM. Die Klägerin nimmt die beim Landgericht St. eingereichte Klage zurück.
3. Oktober 1972."

Fall 4: Brückenherstellung bei Zahnfleischerkrankung⁶

"Vorgeschichte:

Fräulein G. befand sich seit Jahren bei Herrn Zahnarzt M. in Behandlung. Im März 1965 erklärte Herr M. Fräulein G., sie müsse ihre Vorderzähne mit Jacketkronen versorgen lassen. Der Erziehungsberechtigte erteilte seine Zustimmung, und die Kronen wurden in kurzer Zeit angefertigt und eingefügt. Nach dem Aufsetzen der Kronen hatte Fräulein G. starke Schmerzen bekommen. Sie wurde daraufhin in der Praxis von Herrn M. mit Bestrah-

lungen behandelt. Einige Monate später, im Juni 1965, wurden dann auf Anraten von Herrn M. im Oberkiefer rechts drei Kronen eingefügt und im August 1965 weitere Kronen oben links. — Die Schmerzen in den Vorderzähnen hörten nicht auf. Nach mehrfachen vergeblichen Versuchen bei Herrn Zahnarzt M. und nachdem die Patientin ausser den Schmerzen auch noch feststellen musste, dass das Zahnfleisch im Bereich der vorderen Zähne sehr stark blutete, begab sie sich in die Behandlung von Herrn Zahnarzt L. Herr Zahnarzt L. habe ihr erklärt, dass die Kronen für die Vorderzähne nicht richtig gefertigt seien und überwies sie zur weiteren Untersuchung an den Facharzt Dr. G. Herr Dr. G. bestätigte Herrn Zahnarzt L. diesen Befund; die Kronen wurden daraufhin von Herrn Zahnarzt L. im Frontzahnbereich entfernt. Auf die nun vorhandenen Stümpfe wurden provisorische Kronen aufgesetzt. Das Zahnfleischbluten liess daraufhin nach. Fräulein G. hat Sorgen, dass die abgeschliffenen Frontzähne überhaupt stabile Kronen tragen können. Fräulein G. ist weiterhin der Meinung, dass auch die links und rechts von Herrn Zahnarzt M. versorgten Backenzähne in zunehmendem Umfange Schmerzen verursachen könnten. Durch die ganze Behandlung wäre auch ihr Gesundheitszustand insgesamt schwer in Mitleidenschaft gezogen worden. Sie hätte an Gewicht abgenommen, da sie nicht ordentlich kauen und essen könne.”

“Urteil:

In dem Rechtsstreit der Frau B. gegen den Zahnarzt M. hat die 4. Zivilkammer des Landgerichts L. auf die mündliche Verhandlung vom 3. April 1970 für Recht erkannt.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin

1. DM 498.40 nebst 4% Zinsen seit dem 16. März 1969,
2. ein Schmerzensgeld von DM 1'000.— zu zahlen.”

Fall 5: Nach einer Zahnfraktur in der Wunde zurückgelassene Wurzelreste⁷

“Am 20. Juli 1967 begab sich der Kläger bei der Beklagten in zahnärztliche Behandlung. Es wurden im UK rechts zwei Zähne gezogen. Dabei frakturierte ein Zahn, so dass noch ein Wurzelrest in der Wunde zurückblieb. Dieser Rest wurde zunächst dort belassen, bis er in einer neuen Behandlung am 25. und 26. Juli 1967 operativ entfernt wurde.

Im Versäumnisurteil vom 29. Mai 1968 wurde dem Kläger der verlangte materielle Schaden in Höhe von DM 250.— und ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes und von diesem mit DM 500.— veranschlagtes Schmerzensgeld zugesprochen.”

⁷ Karsten, S. 43 ff.

Fall 6: Versicherungsfall: Verschlucken einer Wurzelkanalfeile

Während der Wurzelbehandlung von $\overline{5}$ kam es nach dem Abgleiten einer Wurzelkanalfeile in die Mundhöhle, infolge unterlassener Sicherung des Instrumentes zum sofortigen Verschlucken dieses feinen und spitzen Gegenstandes. Die Feile verfang sich in der Magenwand, so dass eine Entfernung nur unter Durchführung einer Operation möglich war. Die 25jährige Patientin hatte als Folge von diesem Eingriff eine 9cm lange Bauchnarbe.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 4'000.—, Genugtuung Fr. 10'000.—.

Fall 7: Versicherungsfall: Schleimhautverletzung

Beim Einführen und Herunterdrücken eines Abdrucklöffels wurde der Patient an der unteren rechten Schleimhaut verletzt. Es entstand eine Risswunde, welche genäht werden musste.

Kosten Fr. 150.—, Genugtuung Fr. 150.—.

Fall 8: Versicherungsfall: Verletzung des nervus lingualis (Gleicher Fall wie auf S. 115)

Während der operativen Entfernung des unteren rechten Weisheitszahnes wurde der nervus lingualis verletzt. Dies führte zu einer Parästhesie, wodurch an der rechten Kiefer- und Zungenseite eine schmerzhaft Missempefindung entstand ("Ameisenlaufen"). Um diesen Zustand zu beheben, musste sich der Patient einer Operation unterziehen.

Die Haftung wurde bejaht. Kosten Fr. 10'000.—, Genugtuung Fr. 2'000.—.

4. Abteilung: Revisionsbedürftigkeit des schweizerischen Haftpflichtrechts?

Die haftpflichtrechtlichen Probleme des freipraktizierenden Zahnarztes wurden eingehend erörtert. Zu beantworten bleibt noch die Frage, ob das schweizerische Haftpflichtrecht sowohl den Bedürfnissen der Patienten als auch denjenigen der Zahnärzte in der heutigen Zeit ausreichend Rechnung zu tragen vermag.

1. Kapitel: Alternativen

Es soll hier nicht der Ort sein, eine eingehende Darstellung von alternativen Haftpflichtordnungen oder -modellen zu präsentieren. Dem Leser soll durch eine Skizzierung von haftpflichtrechtlichen Alternativmöglichkeiten die Standortbestimmung des schweizerischen Haftpflichtrechtes in bezug auf die Zahnärzte lediglich erleichtert werden.

§ 1 Kausalhaftung

Bei dieser Haftung hätte der geschädigte Patient nur:

- a) den Körperschaden und
- b) den Kausalzusammenhang zwischen Heilbehandlung und dem Körperschaden zu beweisen.

I. Welche Vorteile würde die Einführung einer solchen Haftung für den Zahnarzt und den Patienten bringen?

1. Für den Patienten

Der geschädigte Patient würde die Möglichkeit erhalten, seine Ansprüche gegenüber dem Zahnarzt schnell und einfach durchzusetzen, da eine diesen Ansprüchen zugrunde gelegte *Beweisführung* vom Patienten in kurzer Zeit und ohne die Beiziehung von Fachleuten zu erbringen wäre.

2. *Für den Zahnarzt*

Durch diese Haftung würde das Vertrauensverhältnis Patient-Arzt weniger stark belastet, da der Zahnarzt auch nicht denselben starken Anschuldigungen ausgesetzt wäre, wie wenn der Patient um die Durchsetzung seines Anspruches hart und verbissen kämpfen muss, was bei einer Verschuldenshaftung in vermehrtem Masse der Fall ist.

II. Welche Nachteile würden die Einführung einer solchen Haftung den Zahnärzten und den Patienten bringen?

1. *Für den Patienten*

Da der Dentist in jedem Falle für eine Körperverletzungsschaden während der Behandlung Schadenersatz zu leisten hat, würde der Ansporn genommen, möglichst exakt zu arbeiten, was für den Patienten fatale Folgen nach sich zöge. Jeder Patient hätte einen Beitrag an die Haftpflichtversicherung des Zahnarztes indirekt über die Behandlungskosten zu bezahlen, da der Versicherer in diesem Falle gezwungen würde, seine Prämien wesentlich zu erhöhen, infolge des gestiegenen Risikos des Eintrittes eines für die entsprechende Haftpflichtversicherung relevanten Schadens.

2. *Für den Zahnarzt*

Der Zahnarzt hätte für alle Schäden einzustehen, gleichgültig ob diesen ein Verschulden trifft oder nicht. Er haftet auch für Schäden, welche durch unverschuldetes Verhalten des Dentisten entstanden sind. Von der finanziellen Seite her betrachtet würde dies für den Zahnarzt von geringer Bedeutung sein, da er bestrebt wäre, sämtliche Kosten seiner Versicherung auf die Patienten gleichmässig zu verteilen. Von der moralischen Seite müsste der Behandler auf die Klärung seines Verschuldens meistens verzichten, was in verstärktem Masse die Möglichkeit beinhaltet, dass dem Zahnarzt vom Patienten gefühlsmässig ein Verschulden angelastet würde, obwohl objektiv eine solche Vermutung falsch wäre. Dieses erhöhte Risiko einer moralischen Misskreditierung ist für den Zahnarzt nachteilig.

§ 2 *“Besonderer Versicherungsschutz”*

Diese Versicherung, welche zwischen den Zahnärzten und den Versicherungen abgeschlossen würde, gewährte Schadenersatz für unverschuldete Körper- und Folgeschäden, die nicht nur eine Krankheit als Ursache haben, bei welcher der geschädigte Patient keinen anderweitigen oder ausreichenden Ersatz erhält. Verschuldete Körperschäden würden demnach auch weiterhin von den heute schon bestehenden zahnärztlichen Haftpflichtversicherungen gedeckt.

Denkbar wäre auch ein solch “besonderer Haftpflichtversicherungsschutz” nur für genau bestimmte Fälle, die eine besondere hohe Komplikationsquote aufweisen. Diese Alternative steht in der Mitte zwischen der Kausal- und der Verschuldenshaftung, da eine solche Versicherung nur zur Anwendung gelangt, wenn den Zahnarzt kein Verschulden trifft und wenn der Dentist eine Versicherung für die nichtverschuldeten Schäden abgeschlossen hat. Der Vorteil einer solchen Lösung gegenüber dem zurzeit geltenden Recht besteht darin, dass einerseits der Zahnarzt vor diskriminierenden Forderungen der Patienten geschützt wird und andererseits das Verantwortlichkeitsdenken des Zahnarztes gegenüber seinen Patienten gewahrt bleibt. Im weiteren brächte eine solche Lösung die kleinere Flut von Schadenersatzklagen gegen Zahnärzte, als dies bei der Einführung einer allgemeinen Kausalhaftung der Fall sein würde.

Auch für den Patienten hätte dieser Versicherungsschutz eine gewisse Vereinfachung der Durchsetzung seiner Forderungen gegenüber dem Zahnarzt zur Folge, führte aber wiederum zu einer allgemeinen Verteuerung der Behandlungskosten infolge zwangsläufiger Überwälzung dieser Kosten vom Behandler auf den Behandlungsempfänger.

Zu einer ausführlicheren Abwägung der einzelnen Vor- und Nachteile eines solchen “besonderen Versicherungsschutzes” wird auf Klingmüller verwiesen¹.

2. Kapitel: Schlussfolgerung

Die Härten und Schwächen des schweizerischen Systems wurden bereits eingehend erläutert.

Unser heutiges Haftpflichtrecht wird den Interessen sowohl des Zahnarztes als auch des Patienten gerecht, wenn es in einem die Interessen beider Parteien gleichmässig berücksichtigendem Masse angewandt wird.

Der Grundsatz, dass nur derjenige Schadenersatz oder Genugtuung leisten muss, welcher den Schaden oder die immaterielle Unbill verschuldeterweise verursacht hat, ist m.E. nach unserem Rechtsempfinden heute noch tragbar. Weshalb sollte der Zahnarzt für Schäden einstehen müssen, welche er nicht verschuldeterweise verur-

¹ Klingmüller, S. 694 ff.

sachte? Dieses Behandlungsrisiko ist m.E. zu Recht vom Patienten selbst zu tragen. Will er sich seines Risikos der Behandlung entziehen, kann er sich ihr erstens enthalten, sofern überhaupt möglich, oder er kann zweitens selbst eine diesbezügliche Versicherung abschliessen. Weshalb kann die Entscheidung nicht dem einzelnen Patienten überlassen bleiben, ob er eines solchen Schutzes bedarf, was ihm bei einer Kausalhaftung oder einem "besonderen Versicherungsschutz" vorweggenommen wird.

Voraussetzung zu einer Befürwortung des geltenden schweizerischen "Zahnärzthaftpflichtrechts" ist m.E. aber die Forderung nach einer erhöhten Sorgfaltspflicht der Zahnärzte bei einigen bestimmten Heilbehandlungen², eine dem Gesetz entsprechende Beweislastverteilung (Art. 97 OR) und dass der Beweis der Vertragsverletzung sowohl über den Körperschaden als auch über das Verschulden zugelassen wird³.

Abschliessend kann festgestellt werden, dass das schweizerische Haftpflichtrecht in bezug auf die Haftung der Zahnärzte keiner Revision bedarf.

2 vgl. S. 90 ff.

3 vgl. S. 88 ff.

Lebenslauf

Als Sohn des Ernst Schroeder, Dr. jur. Rechtsanwalt und seiner Frau Verena geb. Bischof wurde ich am 26. Mai 1954 in Zürich geboren, wo ich auch die Grundschulen besuchte. 1967 trat ich in die kantonale Mittelschule von Altdorf/UR ein und erlangte im Jahre 1975 die Matura Typus B. Im Wintersemester 1975/76 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, wo ich im Frühling 1980 meine Studien vorläufig mit dem Lizentiat beendete. In der nachfolgenden Zeit arbeitete ich an der vorliegenden Dissertation. Seit Juni 1981 bin ich am Bezirksgericht Zürich als Auditor tätig.

